ISTITUTO DI STORIA DEL DIRITTO ITALIANO
UNIVERSITÀ DI ROMA
SR
3
40
BIBLIOTECA

76

Digitized by Google

35-137

136

Digitized by Google

# DISPUNCTOR
AD
# MERILLIUM;
*SEU*
## DE VARIANTIBUS CUJACII INTERPRETATIONIBUS
*In Libris Digeſtorum*
## DISPUNCTIONES LIII.
*AUCTORE*

## OSIO AURELIO,
ANTECESSORE.


Cui adjecta ſunt EDMUNDI MERILLII Opuſcula
*Nunc primum Neapoli edita, quæ verſa pagina indicat.*

*Illuſtriſſimo, atque Excellentiſſimo Domino*
## D. ANTONIO LAVIANO
SATRIANI DUCI, TITI MARCHIONI, &c.
Rei Maritimæ Judici Meritiſſimo.
*DICATA.*


NEAPOLI, Excudebat Felix Muſca, ANNO cIↄ. Iↄ. cc. xxxI.
*PUBLICA AUCTORITATE.*

Sumtibus Johannis Porcellii.



Digitized by Google

# MERILLII
## OPUSCULA.

Ad Libros II. Quaeſtionum Calliſtrati.

In Titulum D. De Servitutibus.

Ad LL. XXXI. Priores. D. De Rebus creditis Commentarius.

Obſcurorum, ſeu de Jure Accreſcendi, & Conjunctionis Liber ſingularis.

ILLUSTRISSIME, ATQUE EXCELLENTISSIME

# DOMINE.

QUum doctiſſimi J. C. OSII AURELII EXPUNCTOREM MERILLIANUM, atque CL. EDMUNDI MERILLII Opuſcula aliquot, e Theſauro Ottoniano excerpta, in lucem editurus eſſem, circumſpicere diligenter coepi, quem potiſſimum, in tam copioſa ſummorum virorum Civitate, ſeligerem, cui lectiſſimas haſce lucubrationes, & induſtriam ſimul, laboremque meum commendarem; nec diu equidem mihi dubitandum fuit, quin a Te, Vir Excellentiſs. hoc graviſſimis authoribus, mihiq; patrocinium expeterem. Nam quae tria in eo requiruntur, qui literas, & literarum amatores tueri debeat, doctrina, claritudo, & authoritas, ea in Te cumulatiſſime ſunt, qui maximarum rerum ſcientia, & omnigena eruditione, veteri



Digitized by Google

ac fulgentiſſima nobilitate, gratiaque, atque egregia apud cives virtutis opinione longe antecellis. Et profecto eam in Te exculti ingenii aciem admiramur, eamque in cunctis ferme melioribus artibus peritiam, ut mirum omnino ſit, Te in ipſa adoleſcentia tantarum, tamque difficilium rerum cognitionem animo potuiſſe complecti. Etenim divinas, humanaſque literas (Quo praecipue, mente, ac deſiderio ferebaris) conſtanti, atque invicto labore aſſecutus es; & interea quae ad amoenitatem, temporumque memoriam pertinent, veluti aliud agens per ocium arripuiſti. Quae rerum, & doctrinarum varietas non modo Te a Juriſprudentiae ſtudiis non avocavit, ſed etiam mirifice adjuvit. Adhibitis namque ſcientiarum, atque eruditionis facibus, brevi ad ipſos juris, legumque fontes perveniſti, unde non minutas quaſdam, & conciſas ſingularium caſuum explicationes, ſed aeternas, & generales hauſiſti regulas, quibus omnis aequi, bonique ratio, & immutabilia juſtitiae dogmata continentur. Inde equidem in difficillimis implicatiſſimiſque juris quaeſtionibus tam Te celeriter expedire ſoles; quum quid aequum, quid iniquum ſit, quid juri, & legumlatorum menti conſonum, quid adverſum, & abhorrens diu Te latere non poſſit. Nec Te unquam, nedum Pragmaticorum, ſed cujuſvis majorum gentium interpretis authoritas in alienam ſententiam pedibus coëgit ire: verum

rum perpenſis diligenter utrinque rationum momentis, adcurateque eo, quo de ageretur, ad examen revocato, id poſtremo defendendum ſuſcepiſti, quod non plurimorum authorum ſuffragio, at aequitate, legumque, & veritatis fulcro niteretur. His itaque artibus egregium Te Juriſconſultum, probumque, atque acrem Oratorem praebuiſti, qui juris peritia, & Eloquentia nunquam equidem pro falſo, & injuſto, verum ad jus & veritatem a calumniis, & ambiguitatis tenebris aſſerendam, conſtantiſſime uſus es. Quae juſtitiae, ac Sapientiae laus, veluti cumulus ad avita Domus Tuae decora acceſſit, & virtutem, qua olim Majoribus Tuis nobilitas parta eſt, una cum opum gloriaeque hereditate, ad Te perveniſſe patefecit. Nam, ut praeteream Putilianum illum Lavianum, fortiſſimum clariſsimumque virum, caeteroſque, qui Romanis quoque temporibus inclaruere, nulla unquam aetas, nulla poſterorum memoria de Gulielmo Laviano ſilere poterit, qui in hoc Neapolitano Regno plurium Oppidorum ditione potens, Gulielmi utriuſque Siciliae Regis (cui propter pietatem, morumque ſanctimoniam Bono cognomen eſt) ſacram expeditionem ſecutus, haud levia adduxit delectae ex ſuismet Oppidis juventutis auxilia. Quid de Gotifredo dicam? Quid de Oddone? Tanta profecto in utroque fuerunt militarium rerum peritia, & literarum ingeniique ornamenta, ut

ne-

nemo iis Friderico Secundo Caeſari, Caroloq; deinceps Andegavenſi, qui caeſo ad Beneventum Manfredo notho Regio, Regnum adeptus eſt, acceptior gratiorque fuerit, & majora ab iis benevolentiae, honoriſque ſignificationes acceperit. Atque eadem de Gente praeclariſsimi continenter viri extiterunt, qui modo belli, modo pacis artibus acceptam a Majoribus florentiſsimae familiae dignitatem egregie retinuerunt. E quibus quos praecipue ſeligam, quos praeteream? Si vero omnes ſingillatim laudare aggrediar, jam haec epiſtola ad juſti voluminis magnitudinem excreſcet. Quare, dabis hanc veniam, vir Excellentiſſime, ut omiſſis caeteris ad Petrum Satriani Ducem Parentem tuum, virum longe optimum, & ſapientiſſimum, orationem transferam meam. Qui porro tanta fuit probitate, & prudentia praeditus, tam civilium, & publicarum rerum peritus, ut de ſummo, & difficillimo quoque negotio publice privatimque frequentiſſime conſuleretur. Cum nemo aut dubitandi locum, aut ullam erroris ſuſpicionem relictam illa in re eſſe crederet, quae ſapientiſſimis Petri conſiliis geſta eſſet. Ex hac Te ſtirpe ortum nil profecto mirum eſt, ſi tanta morum comitas, tam pudens, ac modeſta indoles, tanta excellentis ingenii vis comitentur. Fortes etenim fortibus creantur, ut ait ille; ideoque e tam claro nobilique genere, nil niſi magnum, omnique laudē digniſſimum, par erat progigni. Tu

ita-

itaque ad domeſticarum laudum aemulationem acceнſus, aetatem omnem anteactam aeternis gloriae veſtigiis abunde decoraſti: & modo, poſtquam Maritima Tibi Juriſdictio demandata eſt, gravitate, prudentia, atque integritate ſelectiſſimas quaſque laudes, hominumque ſane admirationem meruiſti. Quam Dignitatem ut meritis Tuis longe minorem agnoſcimus, ita haud ignobilem ea tibi juſtitiae aequitatiſque exercendae occaſionem praebuit. Illud namque judicium, & juris peritia, quibus in aliorum cauſis Patronus uti conſueveras, nunc ſe ſe maxime exeruerunt, quum Judex ſuum cuique tribuere debuiſti, improboſque, pro criminum ratione, meritis poenis afficere. Hinc publicum bonorum omnium votum extitit, ut Tu, vir Excellentiſsime veluti a palaeſtra ad ipſum certamen, & ab anguſto ſpatio ad patentes campos, cito ab iſta, quamvis ampla decoraque Juriſdictione, ad ſummos Magiſtratus ob Reipublicae, ac civium utilitatem eveheréris. Quid enim de Te ſibi polliceri Cives Tui non audebunt, qui eorum expectationem non modo ſemper impleveris, verum etiam longe exuperaveris? Ab hac conſtanti, atque unanimi omnium opinione, quaſi fructus quidam virtutis, permagna illa Tua, ſive in privatis, ſive in publicis rebus authoritas exorta eſt: quae Te ab omnibus coli, atque obſervari efficit, maximeque omnium ſuſpici. Quod ideo majore admi-

ra-

ratione proſequi decet, quod non in flexu aetatis, nec confecto honorum curſu, ut plerunque evenit, ſed in ipſo juventutis flore, & vix Dignitates ingreſſus, tantam in Civitate authoritatem ſis conſecutus. Age ergo, vir Praeſtantiſſime, & tot ingenii, naturae, opinionis bona, in literarum, ut facis, utilitatem confer: praecipue vero fortiter Juriſprudentiae cauſam amplectere. Et Oſium nunc primum Italo praelo lucem adſpicientem, clariſsimique Merillii doctos atque eruditos labores ab indoctis atque obtrectatoribus ſuſcipe protegendos. Nam majorem a Juriſprudentia gratiam inire non poteris, quam ſi Cujacii manes non modo ab erroris & incoſtantiae ſuſpicione, verum a memoriae quoque lapſu, doctiſsime vindicatos, tuearis. Mihi plane ampliſsimum operae precium fuerit, Tibi, vir Excellentiſsime, obſequium meum hoc qualicumque munere pateteciſſe; & egregium omnique ex parte optimum Merillio, atque Oſio Patronum delegiſſe. Vale.

Neapoli Pridie Kalendas Decembres CIↃIↃCCXXX.

Excellentiae Tuae

*Humillimus*

*Atque Addictiſſimus Famulus*

Johannes Porcellius

# LECTORI HUMANISSIMO

## JOHANNES PORCELLIUS.

UT *primum ad nos Theſaurus Juris Romani*, *Cl. J. C.* Everardi Ottonis *ſtudio ac diligentia editus*, *Lugduno Batavorum allatus eſt*; *ſtatim a Viris doctis quaerere coepimus*, *ecquod ibi Opuſculum cenſerent eſſe*, *quod nos ad publicam utilitatem praecipuum typis mandaremus*. *Qui*, *quum ſerio rem expendiſſent, magnum me operae precium facturum renunciarunt*, *ſi* FRANCISCI ORRII, *ſeu mavis* OSII AURELII Diſpunctorem Merillianum *ederem. Praeter enim quam quod ſumma, & omnigena eruditione id operis redundaret*, *gratiſſimam me noſtris Juriſconſultis operam praeſtiturum affirmabant*; *ſi magni* Cujacii *vindicias jamdiu expectatas*, *nec dum adhuc Neapoli cuiquam viſas*, *tandem aliquando peculiari libello conſignatas vulgaviſſem*. *Id quum mihi optimum factu videretur*; *male tamen metuebam Pragmaticorum noſtrorum voces*, *ne me Juriſprudentiae potius officere criminarentur*, *qui inutiles*, *longeque a forenſi uſu remotas juris diſputationes obtruderem*. *Haerebam itaque*, *nec in id conſilium*, *prout decebat*, *incumbebam*. *At om-*

*nem dubitationem noſtram fregit doctiſſimorum hominum conſenſus, qui a me, ut promiſſa praeſtarem, quotidie flagitabant: & non illud modo tempus eſſe affirmabant, quo Eruditorum interpretum Commentarii, tanquam improbi ac facinoroſi Cives, a foro exularent: ſed omnium ſtudia, D.O.M. bene juvante, ad optimorum Juriſconſultorum opera evolvenda mirifico quodam conſenſu exarſiſſe. Exploſos jam ac rejectos univerſorum ſuffragio eos eſſe, qui inepto conſilio a Juriſprudentia bonarum artium lumen ſegregantes, eam ad illiberalem quamdam, & improbam artem redegiſſent. Nihilque modo, iidem illi docti Viri ajebant, frequentius noſtri aevi Juriſconſultos uſurpare, quam, ideo fruſtra tercentis ferme annis noſtrates legibus incubaſſe, atque nil niſi immania ineptiarum farcimina, & pugnantium opinionum monſtra ad haec uſque loca excluſiſſe: quod non Philoſophiam modo, quae Juriſprudentiae incunabula praeſtiterit, Hiſtoriam, univerſae antiquitatis teſtem, Philologiam praeterea omnem, quae facem huic ſcientiae praeferre debeat; verum ipſos* Juſtiniani *libros, & veterum, novorumque melioris notae interpretum Commentaria, tanquam futilia & prorſus aliena ingenti faſtu conſtantiſſime repudiarint. Agerem igitur, feſtinarem, atque hoc diligenter opus urgerem: profecto haud mediocrem a noſtris hominibus gratiam initurus. Quod mihi eo amplius polli-*

*lice-*

*licebantur*, *quod non modo non inutile legum amatoribus id operis futurum eſſet*, *ſed omnino perutile*. *Nam omnes inibi ex intimà Juriſprudentia quaeſtiones ineſſe confirmabant*, *nonnullas quoque ad forenſem uſum egregie accommodatas*: *praeclarumque inſuper atque utiliſſimum fore ſpectaculum*, *quum* Merillium *&* Oſium *ſummos equidem Juriſconſultos*, *juris ſtudioſi adſpicerent*, *veluti ſignis collatis de ſyncera quamplurimarum legum interpretatione*, *atque de aſſequenda* Cujacii *mente*, *acerrime doctiſſimeque inter ſe decertantes*. *His adhortationibus permotus* Oſii *editionem*, *qua potui ſumma diligentia*, *perſecutus ſum*: *illudque cum primis praeſtare contendi*, *ut quam emendatiſſimus*, *nitidiſſimuſque in lucem prodiret*, *Opus ſane ejuſmodi eſt*, *ut omnibus* Cujacii *amatoribus*, *quos plurimos apud nos eſſe compertum eſt*, *ſit plane perneceſſarium*. *Tanta etenim eruditione*, *tamque acri judicio Merillianam telam retexit* Oſius, *magnique Magiſtri ſententiam ab alienis calumniis incolumen integramque vindicat*, *ut nonnunquam* Merillio *ingenium*, *ſaepius fides defuiſſe videatur*. *Quare qui* Merillium *uſque adhuc ob id unice exoſculati ſunt*, *quaſi maculas primus in ipſo Juriſprudentiae ſole detexiſſet*, *deſinent profecto eum tantopere* (*quod quidem ad hoc attinet*) *mirari*; *quum non* Cujacium *variaſſe liquido deprebendent*, *ſed* Merillium *modo ſeipſum*,

 *modo*

*modo caeteros feſelliſſe. Atque utinam Vir egregius, reliquas harum vindiciarum partes exequi voluiſſet! Verum, quandoquidem priorem tantummodo Merilliani Operis partem diſpunxit, brevi profecto confidimus fore, qui alteri, tertiaeque ſatisfaciat. Atque hîc nominatim* Gentilis, *doctiſſimus Academiae noſtrae Anteceſſor, nobis eſt appellandus, qui* Cujacium *a* Merillii *calumniis jampridem ſuſcepit vindicandum; eumque ſummo opere precamur, ne diutius hoc ab ſe operis juventutem fruſtra expectare patiatur.*

*Addidimus elegantiſſimos* Edmundi Merillii Commentarios ad libros duos Quaeſt. Calliſtrati, itemque ad Titulum D. De Servitutib. *nec non* ad leges xxxi. priores D. De Reb. cred. *omnia antebac inedita, atque ut ipſe Cl.* Otto *in Praefatione tertii Tomi dicit*, nunc primum Lugduni Batavorum in lucem emiſſa.

*Abſoluta jam prope editione, quum quartus Ottoniani Theſauri Tomus ad nos perveniſſet, placuit, aliud* Merillii *Opuſculum*, Obſcurorum, ſive de Jure Accreſcendi & Conjunctionis, *inſimul edere, quod anecdotum etiam fuiſſe ſuſpicamur. Nil Opus eſt de* Merillio *vel unum verbum hîc addere: jam magnum ſatis, & praeclarum in Juriſprudentia nomen eſt*, Merillius.

*Indices quam accuratiſſimos confici curavimus, ut commodo tuo, optime Lector, velificaremur;*

*mur; nec nos quicquam movit* Cujacii *authoritas ab* Ottone *in calce Praefationis quarti Tomi adducta. Nonnullos enim & probe libris uti callere novimus, & indice nihilominus, ad memoriae ſubſidium indigere. Vale, humaniſſime Lector, meamque induſtriam humanitate Tua adauge.*



Digitized by Google

## EMINENTISSIMO SIGNORE.

FElice Moſca pubblico Stampatore in queſta Città, ſupplicando eſpone all' E.V., come deſidera di riſtampare un Trattato legale, intitolato = EDMUNDI MERILLII *ad Libros II. Quaeſtionum Calliſtrati Commentarius &c.*, ed ancora un'altro Trattato di OSIO AURELIANO, col titolo = *Diſpunctor ad Merillium, ſeu de Variantibus Cujacii interpretationibus in Libris Digeſtorum*; Per tanto ſupplica l' E.V. commetterne la reviſione a chi meglio le parerà, per ottenerne le ſolite licenze, e l'avrà à grazia; Ut Deus &c.

*Reverendus Dominus D. Cajetanus Mari videat, & in ſcriptis referat*. *Neap.* 22. *Februarii* 1730.

D. ANTONIUS CAN. CASTELLI VIC. GEN.

D. P. M. Giptius Can. Deput.

## EMINENTISSIME DOMINE.

QUos meae fidei E. T. cenſendos credidit Commentarios aliquot EDMUNDI MERILLII, (*in Tit.* videlicet *de Servitutib.*, *ad Lib. II. Quaeſt. Calliſtrati*, *ad LL. XXXI. D. de Reb. cred.*, *& ſingularem Obſcuror. Librum*) atque ad hunc OSII AURELII *Diſpunctiones LIII.*, ſtudiosè cum legerim, pluris eſſe cognovi, quam ut paucis commendentur: nihil enim eſt, quod moribus timeatur ab illis, aut Chriſtianæ Religioni; ſed aequi, bonique Artis penitiùs dignoſcendae ſpes indè ea manet, ac tanta, ut publico bono typis mandari poſſe exiſtimem, ſi E.T. acceſſerit authoritas. Neap. Idib. Decembris 1730.

EM. TUAE.

*Humillimus, & Obſequentiſs. Famulus*
Cajetanus Mari.

*Atten-*

Digitized by Google

*Attenta ſupradicta Relatione Domini Reviſoris, Imprimatur. Neap. die* 18. *Decembris* 1730.

D. ANTONIUS CAN. CASTELLI VIC. GEN.

D.P.M. Giptius Can. Deput.

---

## ECCELLENTISSIMO SIGNORE.

FElice Moſca pubblico Stampatore in queſta Città, ſupplicando eſpone all' E.V., come deſidera di riſtampare un Trattato legale intitolato = EDMUNDI MERILLII *ad Libros II. Quaeſtionum Calliſtrati Commentarius &c.*, ed ancora un'altro Trattato di OSIO AURELIANO, col titolo = *Diſpunctor ad Merillium, ſeu de Variantibus Cujacii interpretationibus in Libris Digeſtorum*; Per tanto ſupplica l' E.V. commetterne la reviſione a chi meglio le parerà, per ottenerne le ſolite licenze, e l'avrà à grazia; Ut Deus &c.

*Magnificus U.J.D. Ferdinandus de Ambroſio videat, & in ſcriptis referat.*

PISACANE REG. VENTURA REG. PEYRI REG.

*Proviſum per S.E. Neap.* 30. *Martii* 1730.

Maſtellonus.

## EXCELLENTISSIME DOMINE.

PErlegi, juſſu E. T., Opuſculum, cujus inſcriptio eſt: EDMUNDI MERILLII *ad Libros II. Calliſtrati Quaeſtionum Commentarius*: & alterum Opuſculum, cujus Auctor eſt OSIUS AURELIUS, & inſcribitur: *Diſpunctor ad Merillium, ſeu de Variantibus Cujacii interpretationibus in Libris Digeſtorum*; & in eis nihil inveni, quod aut bonis adverſetur moribus, aut lae-

dat

dat Regia Jura. Quapropter, annuente E.T., digna eſſe cenſeo, quae typis denuò mandentur. Neapoli die 17. Menſis Aprilis 1730.

EXC. TUAE

*Humillimus, & Addictiſs. Famulus*
Ferdinandus de Ambroſio.

*Viſa relatione imprimatur, & in publicatione ſervetur Reg. Prag.*

MAZZACCARA REG. PISACANE REG.
CASTELLI REG. PEYRI REG.

*Proviſum per S.E. Neap.* 19. *Aprilis* 1730.

Athanaſius.

ILLU-

Digitized by Google

# ILLUSTRI
## INTER ORDINARIOS
### PATRICIO
# HIERONYMO BIGNONIO.
## OSIUS AURELIUS, JCtus.
### S. D.

*E*St ille quidem mos rectus, jam olim uſu receptus (VIR CLARISSIME) *novi homines ut primitias ſuas offerant ſapientioribus, non ob eam cauſam rectus, quam putat vulgus hominum, qui patrocinium operum ſuorum ſtatuunt in eorum dignitate, quibus adſcribunt ea; quam infirmam admodum ac fluxam rationem puto. Clientum enim humilitatem erigere ſolet ac recreare patronorum ſplendor: at non aliunde literariis lucubrationibus accedere juſta commendatio poteſt, quam ex ſuo merito, ut nec faſtidium niſi ex ſua ſterilitate. Non abnuam ſane, honoris aut ſtudii nonnihil hoc officii genus continere, ut & alterius cujuſque rei munuſculum quod ex donantis magis affectu, quam ex rei pretio aeſtimatur: juſtius autem & conſultius arbitror eum facere, librum ac opus ſuum qui peritiſſimo dicat, ei ſcilicet qui poſſit, & maxime velit de eo ferre judicium: cujus vel opinio in approbando, vel in improbando cenſura, irrevocabili praejuditio fatum faciat libello. Haec una me ratio (Vir Sapientiſſime, atque Ornatiſſime) movit, ut* Diſpunctiones meas de Variantibus Cujacii opinionibus *ad Te mitterem diſpuncturum illas, & ad incudem revocaturum: quem mavelim habere Judicem ea fide, probitate, ſcientia, ac diligentia qua tu es, quam adplauſores, ac benevolos alios quoſcunque, qui in judicando pendeant ipſi de alio-*

*rum judiciis, aut quibus tantum ab otio non vacet, ut rem per ſeſe, explorare poſſit. O quam ſuave eſt homini muſico, coram perito cantore carmen modulari, & artis ad praecepta modos inflectere. Quam ingratum e contra, coram Theſſalo ludos exercere Thebanum. Quis Te melius ſcire poteſt (Bignoni Doctiſſime) ſi in alia qualibet, in juris praeſertim diſciplina illudi plerumque ſolere: aberrare multos qui conlineare ſe putant. Eſt profecto ingenium idem, & fatum Juriſprudentiae, quod venatoriae artis. Eſt in hominibus eadem ſaepe, & infelicitas, & improbitas quae in canibus venaticis multis. Ut enim omittam, utramq; artem Dei donum eſſe, vel fabulas, quae Chironi ob innatam, & excultam juſtitiam venandi ſcientiam conceſſam fuiſſe tradunt, utque ſingulis Chironis diſcipulis ſingula coelitus dona obtigerint, adeoque Palamedi Juriſprudentia: ad canum tantum ſolertiam, technas & vitia magiſtrorum referam: eorum dico, qui gloriolam ex ſcriptione venantur; qui cum nonnunquam caeteris inferiores ſint, praeſtantiores tamen iis videri volunt. De canibus itaque non injucunde Xenophon, inter malas, maxime malas docet eas eſſe, non quae in odorandis ferarum veſtigiis nictunt leniter (ut Feſtus ait) ganniendo; ſed quae velut inſanae ferarum veſtigia circumlatrantes obeunt, infauſte adeo & incaute, ut indicia temere conculcent.* μανικῶς δὲ περιφερόμεναι ὑλακτοῦσι περὶ τὰ ἴχνη ὅπε εἰς πίπλουσιν ἀφρόνως καταπατοῦσαι τὰς αἰσθήσεις. *Sunt quae aliarum inventa praecipiunt, toties mediis in veſtigiis, & curſu oculos volventes ſibi ipſis fidem non habentes. Sed quod ait Xenophon, feroces quaſdam eſſe, quae ſocias venandi peritas non ferunt una venari, cum ſtrepitu eas repellentes, in equis pariter deprehendas, non patientibus alios in itinere ſe aut praecedere, aut etiam aſſequi: quin quod ejuſmodi aemulationem habere, nedum generoſos, grandioreſque, ſed & pumilos mirere ferociores. De canibus rurſum; quaedam veſtigiis falſis delectatae, quidvis offenderint, procurrunt cum oſtentatione, ſuae tamen ſibi fraudis conſciae. Ignobiles vero ſunt, quae a tritis quibuſque limitibus nequaquam recedunt, arduis inaſſuetae locis* φαῦλαι δὲ αἱ οὐκ ἀπαλλαττόμεναι ἐκ τῶν τριμμῶν ὀρθὰ οὐ γιγνώσκουσαι. *Quidnam aptius referre, & adumbrare poſſit quorundam ſcriptorum intolerabilem audaciam, & inſolentes fucos. Quis vero Te melius in tota Gallia (Praeſtantiſſime Bignoni) haec animadvertere poteſt*

*faci-*

*facinora, qui cum ſcientiam juris perfectiſſime calleas, ſinceritatem illam atque innocentiam habes, quae nulli ſuſpecta eſſe poſſit. Tu certe es, ut Phavorino Caecilius dicebat, non Grajae modo, ſed & Romanae rei peritiſſimus: cujus non ſine miraculo virtus corpuſculum, haud minus quam rerum divinarum atque humanarum ſcientia conſecravit. Non fuit alia mihi, tui prenſandi cauſa. Non debui memoriam accerſere beneficiorum quae tam ſtudioſe ac reverenter in Academiam noſtram contuliſti, cum ſpiritu, & faucibus, totis denique eloquentiae qua ſumma polles viribus, nos vindicabas a munere ſacrae ſtipis exigendae ac corradendae: a rerum & ſupellectilis Eccleſiaſticae curatione quam injunxerant nobis uſque ad aras (ut ita dicam) inimici, facturi nos deinceps miſerabiles aedituos, ni ſcilicet intercederet qui hodie ſedet meritiſsimus* FRANCIAE SENATUS PRINCEPS MOLAEUS, *tunc temporis inter Auguſtum, & homines* MEDIOXUMUS, MOLAEUS, *inquam, ille magnanimus, cujus animi candorem atque integritatem modeſta gravitas compoſiti inceſſus, vultus etiam, & conveniens prudentiſsimo viro geſtus, jam ex ephebis omnino ſignificarunt: niſi Tu quoque (Bignoni humaniſsime) eadem ſpirans ſtudia, ut nobis, id eſt, Academiae ſubvenires, glorioſae vocis confiſus munimine intercederes. Sed nec urbanitatem in me tuam ac benevolentiam recenſere neceſſe habui, illam inquam, qua me pridem advocatum in Senatu haud infeliciter munere cauſae cujuſdam graviſsimae defunctum excipiebas, juſſum ad Te accedere per amicum tuum, quem prudens non nomino, quo cum de me luculentiſsime collocutus eras: ut me licet verecundantem laudare coram in os non dubitares, & vicem dolere meam gratioſi hominis quem mens intelligit, fortuna ſuperatam. Haec enim etſi talia ſint, quae vota palam extorquere mea debuerunt, ſubſidunt tamen animo; & ſolam tuam plane admirabilem in omni litterarum ac diſciplinarum genere praeſtantiam qua quid electum, quid neglectum, quid laudabile, quid culpabile, quid denique amabili X vel ferali Θ notandum, ſagaciſsime perſpicis, intuitus atque amplexus ſum. Diſpunge igitur* (VIR CLARISSIME) *meam hanc diſpunctionem, & quidquid merebitur edicito. Non is ſum qui ita me amem, quin & amem multo magis judicium rectum. Nec dicam quod ille.* Sive ego pra-

prave ; ſeu recte haec volui , ne ſis patruus mihi . *Caeterum a Te laudari ſi merear , mercedem iſtam aeſtimo adeo , atque veneror , ut omnium aeſtimationem ( ita me Deus amet ) longe minoris faciam* . VALE . *Aureliae ad Ligerim , Calendis Junii, Anno M.D.C.XLII.*

AD

Digitized by Google

# AD MERILLIUM,

## ANTECESSOREM, ET LECTOREM SINCERUM,

## OSIUS AURELIUS, JCtus.

*Non puto mihi quemquam, aut tibi ſuccenſurum Merilli Anteceſſor, Erudite Lector, ſicubi alia nobis, quam Magiſtro noſtro juris interpretum principi Cujacio, ſententia nonnunquam arrideat: unicuique liber eſſe debet de qualibet re (non plane divina) ſenſus, & privatus ſtylus: qui ſi ratione ſubnixus eſt, quid eſt quod debeat alii, ex ſola dicentis authoritate cedere?* πότερον οἴω οὐδ' ἐμαυτῷ διαλέγεσθαι ῥάδιον ἐστί μοι; ἀλλὰ ἀφαιρήσεταί μέ τις καὶ τὴν ἔννοιαν καὶ προσαναγκάσει νοεῖν ἕτερα καὶ θαυμάζειν παρ' ἃ βούλομαι. *Æquum non eſt omnia ad unius Cujacii auctoritatem referre, pendere ex ejus nutu ſemper, nec alii fidere aliquando, aut ſibi nunquam. Quam ſunt fatui ac deridiculi, qui de ſuo ſapiunt nihil, qui nefas putant a Cujacio recedere, qui axiomata in jure pervia, ex eo confirmant magis, quam ex legibus, qui denique nil niſi Cujacium crepant.* O imitatores ſervum pecus. *Liceat operas ſcrutari omnium ac opiniones perpendere: liceat arbitrio fungi ſuo, ut quod melius, & vero propius putamus, amplectamur. Egregius ille quidem qui animo per ſe ſuo rimatur ac luſtrat omnia* οὗτος μὲν πανάριστος ὃς αὐτὸς πάντα νοήσει φρασσάμενος, *&c. qui alios ita ſequitur, vel alligat ſe ad unum aliquem ex Stoicis proceribus, ut tamen jus cenſendi ſibi ſervet. Enimvero ex tot ſcriptoribus, qui Juriſprudentiam illuſtrarunt, palma licet Cujacio debeatur; cui nedum unus aut alter ex melioribus. ſed nec ſimul omnes aequari poſſunt, qui tantum alios praegreſſus eſt, ut prius defeciſſent imitando, quam ille inveniendo ac conſcribendo fatigatus eſſet,*

Nec comites volucri contenta eſt vincere curſu,
Occupat egreſſas quamlibet ante rates.



Digitized by Google

Et patitur fluctus, fertque aſſilientia longe
Æquora, nec ſaevis victa madeſcit aquis.

*Denique licet diuturni tanti viri labores immortalem apud omnes eruditos commendationem meruerint*, non tamen Deus, *fateor*, ſed homo fuit Cujacius, qui proinde labi atque errare potuit. *At longe aliud eſt, in quo fortaſſe erraverit, carpere obiter, & vellicare, aliud conſulto conſilio opus aggredi, quo bellum viro omnium fortiſſimo denunties!* — Non laedimus unum.
Si quis amicorum eſt auſus reprehendere verſum.

*Quanto acerbius eſt, ipſa tota operis ſerie, & ipſo operis Titulo, famam eminentiſſimi in re litteraria hominis attentare ac ſuggillare? Notas ſcripſerunt ad Labeonem Proculus, & Paulus, ad Julianum Marcellus, ad Papinianum Paulus, & Ulpianus, ad Scaevolam Triphoninus, ad alios alii, ad aequales aequales, aut ſane vix inaequales, interdum ſuperiores; nec animo reprehendendi ſemper, ſed plerumque ut adjicerent, vel diſtinguerent: denique ut rem vel auctorem illuſtrarent, & commendarent, vel etiam ut perpetua ejus auctoritate uterentur, quod Triphonini ad Scaevolam Notae, & Jaboleni ex Caſſio libri comprobant ſatis. Quis ſtylum decretorium ita ſtrinxit, ut nomine, ipſaque libri inſcriptione, laederet.*

*Tu Merilli, quod veterum nemo in deceſſores ſuos fecit, auſus es in Magnum Cujacium: magnam ei intentare diffamiam, concepto* DE VARIANTIBUS *ejus* OPINIONIBUS *lemmate. Quod enim tu praeſcribis*, EX CUJACIO, *non eſt aſſiduus marginis tuae limbus: larva papyracea eſt quam tute ſtatim immiſſo imbre diſrumpis. In operis fronte illuſtrem ac innocuam faciem addere voluiſti*, ἀρχομένου δ' ἔργου πρόσωπον χρὴ θέμεν τηλαυγές. *Hoc doleo, & indignor Candide Lector. An non & indignaris ipſe, ſi quid profeceris per eum? Ægre fero Merillium, qui magis ſciat ipſe quantum Cujacio debeant Tribunalia, Scholae, univerſa diſcentium turba, & quid quid doctorum hominum eſt, tam gravem ei notam inurere voluiſſe ut epitheto atrociſſimo, quaſi embolio infenſorum ludorum triſtiſſimo, de fama ejus decidere, tantumque caput velut in aula Themidis ſolum ſibi adverſum, tam inimice decutere auderet. Quis vero* ζηλοτυπίαν *hanc, &* κακοηθείαν *non deteſtetur? Quis non dicat impatientem alienae tantae laudis Merillium, non contentum plau-*

*ſibus,*

*ſibus, quos ſatis luculenter collegit ex navata abs ſe in ſtudio juris opera, malam rem alii molitum eſſe, operae praetium ſibi, quo viri eximii elevata fide, ſuam ipſe erigeret, ut non tantum locum illius ſubintraret, ſed altius paullo aſcenderet. Nam quod a laudibus Cujacii magnifice Merillius exorſus eſt, Timeo Danaos. Laudatio ne eſt, quam mox ſequitur convitium? Ut non diſcedit, qui proſiliendi cauſa ſenſim uno veſtigio cedit repedatque: ſic nec alienus eſt a calumnia, qui preconio dato, repente ſe ad maledicentiam confert. Quis credat Merillium, id aetatis ac diſciplinae hominem, expertum artis eſſe? Quis vero operis introrſus fabricam diſpiciat, non deprehenſo artificio? Laudat Cujacium Merillius, quis fortius? quis elegantius? At quis ſpernit immanius? quis deprimit altius? quem tot probris una plaga contegit, ut me non poſſit magis ſuffundere dareque peſſum, aut novum alium hominem. Fuit, inquit, in Theologicis magnae auctoritatis Origenes: eſt & magnae Cujacius in Nomicis. Quaeſo, quo ſpectat haec comparatio, niſi ut Origenes haeretice multa, ita & Cujacius prava pleraque ſcripſerit? utque Gregorii Nyſſeni ſupra Origenem rectior certiorque Theologia fuit, ita conſtantior prudentiorque Merillii doctrina cenſeatur? Nam, & quod fateris, Merilli, Cujacium caeteros non tantum juris interpretes excelluiſſe, verum etiam ipſos aequaſſe juris auctores, & quod te minoris facis prae illo, facile putet quis te dicere, ne* ἀσύμβολος *in conventu doctiſſimorum hominum ſies. Ego vero ex animi quidem ſententia, & ex intima animi medulla* ἐξ ἄκρου μυελοῦ ψυχῆς, *quod Euripides dicebat, Cujacium te conlaudaſſe, cum ſcires infra rem ipſam, omnem de eo exiſtimationem ac praedicationem exiſtere, facile crediderim: verum illum te ſpectaſſe ita, ut te magis circumſpectares, ut praecellenti Magiſtro parem te ſubinde, quinimo majorem oſtentares novo iſto opere tuo, quo quantum abs re magni Cujacii decederet, tantum tibi, vitiorum ac imbecillitatum ejus (ſi Diis placet) deprehenſori accederet, qui tibi aptatum velles quod Marci Catonis oratio quaedam prae ſe ferebat,* Ne imperium ſit veteri, ubi novus advenerit. *Quid ni credam? credat, & quiſquis animum advertat ad artem illam, qua tam ſolerter uteris ad dedolandum hominem atque ita levigandum, ut longe minoris (prae te) ponderis poſt hac habeatur.* De Cujacio, *inquis*, iſta omnia: ſed qui tamen homo, & a

quo alienum non fuit ut variaret, varianteſque opiniones relinqueret, quas in ejus operibus obſervari oportuit. *Tu igitur vitiorum ejus ac oblivionum obſervator, & emendator, rei non bonae magiſtro, magiſter appetis videri praeſtantior! Egregiam vero laudem hac coronide ei aſpergis.* Non ita memorioſum eum fuiſſe, nec ingenium ita in numerato habuiſſe, ut qui in ſcholis recitaret ex periculo, diſſertationes, & diſputationes refugeret; in quibus praeſenti ingenio opus eſt. *En deleterium pharmacum! Non vides (amantiſſime Lector) venenum in pyxide, aliud promittente titulo? Quodnam eſt iſtuc encomium? Qualem Merilli ſermonem diſſipas de viro praeſtantiſſimo? Qualem nobis Anteceſſorem fingis Cujacium? quem pene fungum atque immobilem exhibes, oculos ex ſcripto vix dimoventem, ſtatuam loquentem, luminibus ſi careat elinguem, pſittacum humanas voces reddentem, infantis ſimilem, cui fandi peritiam detrahis, quod eadem vituperii ſede atque ipſa inſcitia collocatur.* Nunc ſive qui volet, *inquit Tullius* lib.3.de Orat. cap.35.eum philoſophum, qui copiam nobis rerum orationiſque tradat,per me appellet oratorem,quem ego dico ſapientiam junctam habere eloquentiae, philoſophum appellare malit, non impediam: dummodo hoc conſtet, neque infantiam ejus qui rem norit, ſed eam explicare dicendo non queat, neque inſcitiam illius cui res non ſuppetat, verba non deſint eſſe laudandam: *ut diſertiſſimo omnium qui fuerunt Anteceſſorum, nedum eloquentiam detrahas, ſed etiam facundiam, elegantiam, motum, ornatum, diſciplinam, animi vigorem, memoriam, ipſam denique ſermocinationem. Cujacius certe etſi non Attali facilem adeo in ſtudioſos animum habuit, ut evocatus paſſim obviam ſe poſcentibus ingereret, nemini tamen unquam aut commercium ſermonis negavit, aut ad quaeſtionem, & conſultationem juris non plane ſatisfecit. Non habuit ille quidem, horrendam, ac precipitem illam ſermonis volubilitatem ſeu tolutiloquentiam; ſed nec ei defuit praeterfluens oratio, aut aptiſſima rerum quarumcumque explicandarum facultas, qua praeclare omnino graviterque, quod antea lente concoxerat, & meditatus erat, depromebat; ut nemo ſanus vere dicat, inopia verbi eum ſubſtitiſſe; Qui tantum abeſt ut ex ſcripto recitaret, quin quod ejuſmodi vitium non tulerit in Profeſſore Tranſalpino, quem eo nomine ſtomachoſiſſime aliquando inſectatus eſt. Quid vero attine-*

*nebat, dum recenſentur ejus laudes, repulſam commemorare quam injuſte olim paſſus eſt, praelato ei, id eſt. Apollini ut verbis utar Papirii Maſſoni, Midae auribus Marſia, ſi non ſtatim ab amico enarratore opprobraretur injuria? Quis tam jejuni ne dicam iniqui laudatoris animum non ſuboleat? ſuſpiceturque ita eum laudare ut velit non eſſe quod laudetur, ut quod minus mereatur qui laudatus eſt, protinus in laudatorem, tam opportunum ſcilicet obſervatorem rejiciatur.*

*Fuit haec mihi (candide & Cujacii Amantiſſime Lector) utcunque juſta cauſa indignationis adverſum Titulum iſtum* De Variantibus. *Non queror de Merillio, quod quidquid eruditionis eſt in opere ſuo, id totum eſt Cujacii, nec ad hoſtem clarigatumque venio; ſed queror cum oves paſtori eripiat, audeat eum etiam excaecare, ut Agathocles Ithacenſibus objiciebat. At juſtior illa fuit quam coepi ex ipſa diſpunctione, & cognitione rei. Ecquis enim eſt qui eadem ipſa re perſpecta bene, non indignetur aeque? Hoc exaudio paſsim, pleroſque fere omnes, ſuſurris frequentibus criminationem hanc Merillianam accuſare: Doleo vero tacitas eorum querelas in apertum hactenus Apologiam non erupiſſe; quam ne ſcriberem ipſe, cauſa non una fuit. Quod ſperarem id ſatis a multis factitatum iri, nec deeſſent qui ponerent rumores ante ſalutem. Quod nollem Apologiam ſcribere, deterrente me verbo, & retrudente conſcium inopiae meae, qui non potis ſum imbecillus fortem defendere, probeque norim, quam ſit mihi curta ſupellex: denique quod etſi putarem illiberaliter habitum ac deſpicatum Cujacium, & variationes quae dicuntur ejus, minime variationes eſſe: non ubique tamen cum Cujacio ſentirem ita, ut par eſt eum qui Apologeticum facit. Nam ut ſenſum ipſe meum aperiam, amicus eſt Plato, ſed magis amica veritas: & placet mihi vehementer, quod de beato Cypriano D. Auguſtinus Creſcentio reſpondebat.* Nos nullam Cypriano facimus injuriam cum ejus quaslibet litteras, a canonica ſcripturarum auctoritate diſtinguimus. Ego ejus Epiſtolae authoritate non teneor, quia litteras Cypriani non ut canonicas habeo, ſed eas ex canonicis conſidero, & quod in eis divinarum ſcripturarum auctoritati congruit, cum laude ejus accipio, quod autem non congruit, cum pace ejus reſpuo. *Tandem enimvero ut vidi, aevum conticeſcere eos de quibus ſpes mihi erat, & omne genus Anteceſſorium aut refugere*

*aut differre laborem, quaſi ſilentio canum proditis rebus, ut Capitolium anſer, utcumque ſervarem, aut cuſtodes ad id ſervandum clangore excitarem meo, animum adjeci ad priorem operis partem, ceſſurus aliis alteram, ſi non eam cedant mihi, non apologiam quidem ſcripturus, ſed operis tantum Merilliani diſpunctionem: jam nunc ( niſi fallor ) fidem facturus, obſidianae fragmenta veras gemmas non ſcarificare, & ex quinquaginta duobus aut tribus capitibus quibus accuſatorius conſtat hic libellus, vix uno vincere accuſatorem; cujus adeo probationes inanes ſunt, ut teſtimonia ſi recipiantur, aut imperfecta ſint, aut Reum magis exonerantia aut propter exceptiones nulla.*

*Quaeſo enim Te, Lector aequiſsime, an non iniquum accuſatorem jure dicat Merillius, qui viſis ejus Obſervationibus quas cenſeat ratas, ſi in aliquam praelectionem ejus inciderit, in qua tumultuarie forte vel tentandae novae opinionis cauſa quidpiam delibando praefatus ſit, ſtatim eum inconſtantiae poſtulet? quanto juſtius iniquiorem! ſi quod oſcitantiae auditorum, & exceptorum negligentiae tribuendum ſit, innocuo ipſi Merillio faciat acceptum? Atquin hoc tamen genus probationis eſt, quo contra Cujacium plurimum utitur Merillius: Caetera non probatio, ſed deceptio eſt.*

*Poteſt ille quidem variare qui multa dicit, nec utique qui multa, & varia dicit, variare dici debet, cum & D. Ambroſius ſaepe, aliique ſacrarum paginarum interpretes, aliter atque aliter locum eundem accipi poſſe fateantur. Quotus quiſque eſt qui penſum diurnum publice dum agit, ſi ſaepius de eadem re diſſerat, eodem tenore ſemper ediſſerat? nec modo hanc modo illam amplectatur opinionem, ex multis periculis certior ac ſecurior factus ad unam eligendam atque evulgandam Beatus ille, ut Plato cenſebat, cui vel in ſenectute contigerit ut ſapientiam veraſque opiniones aſſequi poſsit.*

*Haud abſimilem ſortem habere mihi videntur quotidianae Anteceſſorum recitationes collatae cum publicis ſcriptionibus, ac quae domi peccamus paucis praeter familiam conſciis arbitris, ſi haec conferantur cum his quae propalam, & in oculis omnium delinquimus: horum enim, ut fama publica eſt, & vindicta: ita illorum, extra tectum cenſura nulla,*

*Quae igitur iſta adverſus Cujacium ut variator audiat, proba-*

ba-

*batio eſt, quod in ſcholaſtico aliquando pulvere quaeſtiones varie agitaverit? (ſi modo hoc verum eſt varie agitaſſe) aut aliter quam apud ſtudioſos diſputaverit, publice ſcriptum reliquerit? Scilicet ejuſmodi, ac ſi perfectam hodie emtionem, ideo imperfectam quis arguat, quod antequam in eandem contrahentes ſententiam decurrerent, varios animi motus habuerint. Eſt apud Hymerum Rhetorem declamatione quadam in Epicurum objurgatio, quod aliter privatim doceret, aliter publice fingeret:* δι ἀμφότερα δὲ μισεῖσθαι δίκαιος, καὶ ὧν ἰδίᾳ παιδεύει, καὶ ὧν δημοσίᾳ πλάττεται. *Sed nihil tale Cujacius admiſit: cui etſi contigiſſet aliquando publice aliter ſcribere, quàm in auditorio recitaſſet, plane condonandum erat, rei utilitate doli ſuſpicionem omnem amovente. Quae convictio ex illa ſcriptura, quam non redivivus agnoſceret ipſe Cujacius aliena depravatam manu? & quam puram putam ex ejus adverſariis erutam, vetitam in lucem exire,*

Rideret monitor non exauditus.

*Qua tandem excuſationis ſpecie expungi atque aboleri poterit haec accuſatio, ſi tantam habet aut hallucinationem, aut calumniam, ut reum affirmet dicere quae dicere non cogitavit, aut (quod magis mirum eſt) quae negavit? Quid porro ſi totius hujuſque moliminis tanta eſt infelicitas; ut cum ex duabus quas inter ſe diſſidentes ſtatuit accuſator opinionibus, alteram quaſi rectiorem eligit, ſaepiuſcule deteriorem arripiat? Quod cum eſt fere incredibile, vix credas Lector veritatis amantiſſime. Sed ne a me confictum exiſtimes, ſuſtine ac diſpice, comperies, agnoſces: tu vero tandem aliquando ad te converſus fatebere Merilli, ſi ſolam veritatem confectabere. Hoc enim te quoque ipſum orare non dubito, quo D. Hieronymus agonothetam Rufinum, ut inter nos contendentes veritas ſuperet: ut mihi non ſemel nunc indicanti nomen, odium non indicas velut inimico ſcriptori, ſed aurem admoveas haud inimico* DISPUNCTORI.

# DISPUNCTOR AD MERILLIUM;

## SEU DE VARIANTIBUS CUJACII INTERPRETATIONIBUS In Libris Digeſtorum, DISPUNCTIONES L I I I.

### DISPUNCTIO I.

Quid ſit jus, quod neceſſitas conſtituit, in *l. penult. Dig. de Legibus Senatuſque conſ.*

Textus *legis penultimae. D. de Legib.*

*Ergo omne Jus aut conſenſus fecit, aut neceſſitas conſtituit, aut firmavit conſuetudo.*

HIc prima Cujacio inuritur inconſtantiae nota: Scripſit Cujacius *in Paratitlis Digeſtorum* (inquit Merillius) jus quod neceſſitas conſtituit, eſſe Senatuſconſulta. At *libro* 14. *Obſervationum*, *cap.* 16. dixit eſſe jus gentium. Ergo variavit.

Nego vero, *illo Obſervationum loco*, Cujacium hoc ſimpliciter dixiſſe. (Nec diffitetur Merillius, Cujacium ibi, utramque attigiſſe interpretationem.)

Si

Digitized by Google

Si utramque & attulit, & conjunxit; a priore igitur non deſtitit: nec Lectoribus praejudicio ullo jus eligendi praeripuit, qui novam interpretationem ita exhibuit, ut veterem commemoraret, nec contemneret, ſed produceret. Magno vir ingenio Cujacius, cum *Paratitla* ſcriberet, & animadverteret Rubricam tituli *de Legibus*, tripertitam eſſe, conceptam ſcilicet hoc modo, *De legibus, Senatuſque conſultis, & longa conſuetudine*, ſolertiſſime, Modeſtini concluſionem hanc, *Ergo omne jus aut conſenſus fecit, aut neceſſitas conſtituit, aut firmavit conſuetudo*, ad eundem titulum referendo, docuit jus quod conſenſus fecit, eſſe Leges, jus quod neceſſitas conſtituit, eſſe Senatuſconſulta, quod firmavit conſuetudo, eſſe mores. Nec variavit *in Obſervationibus*: licet ibi tentaverit eam Modeſtini diviſionem, ad omnes Juris Civilis partes extendere. *Sit igitur* (inquit) *ea lex penultima, concluſio totius tituli: verum tentemus etiam ea diviſione, poſſe contineri omnes partes Juris Civilis. nam & jus quod Princeps conſtituit neceſſitas fecit, & jus gentium, & ſimiliter neceſſe fuit admitti authoritatem prudentum*. Quaeſo hic conſiſtamus. An hic Cujacius aliud ſenſit, quam verbo *neceſſitatis* contineri Senatuſconſulta, & Decreta Principum, & Reſponſa prudentum, & ipſum jus gentium? Porro qui dixit *neceſſitatis* verbo, contineri haec omnia, an alius eſt ab eo qui ante dixit eodem verbo contineri Senatuſconſulta; Hoc velim in ipſo ſtatim initio mihi concedi, extenſionem cujuſque rei aut verbi, variationem non eſſe. Quod ſi obtineo, ſimul & evinco cum hic, tum in pleriſque omnibus in quibus a Cujacio variatum eſſe dicitur, minime variatum eſſe. Ne igitur ita loquatur Merillius, quaſi Cujacius, *illo Obſervationum loco*, ſcripſerit jus quod neceſſitas conſtituit, referri poſſe ad Senatuſconſulta, vel ad jus gentium: ſed advertat, magis id eum voluiſſe, ad utrumque referri poſſe.

Expoſita hoc utroque modo juris diviſione, ſubjungit Cujacius, videri Modeſtinum ſumpſiſſe hanc juris partitionem, ex hoc Menandri loco τρία γὰρ ἐστὶ δέσποτα δι' ὧν ἄπαντα γίγνεται ἢ κατὰ νόμους· ἢ ταῖς ἀνάγκαις, ἢ γε τρίτον ἔθει τινί. *Non jus omne tantum ſed & omnia aut leges efficere, aut neceſſitatem, aut conſuetudinem*: quae Latina verſio, adauget tantiſper & explanat Menandri verba: In queis explicandis, facile dedero, Menandrum de Senatuſconſultis Romanorum non cogitaſſe, qui ſpeciale

jus

jus civile aliquod non perſtrinxit,ſed jure omnia fieri vel neceſſitate vel conſuetudine,generaliter enunciavit;Non ea igitur ratione quam reddit Merillius,*quod Senatuſconſulta Romana Menander longe anteceſſerit*, qui cum Soſigene natus ſit,& mortuus Philippo archonte,Romana potuit non neſcire Senatuſconſulta,quae a Republica nata; adeoque ante Lucium Papirium Curſorem , & Spurium Carbilium , quibus Conſulibus mortuus eſt , facta ſunt innumera . Quaſi vero ante eos , Provinciae nullae decretae ſint, quas Senatuſconſultis ſolere decerni docet Feſtus! Quaſi nulla Senatuſconſultis praeeuntibus indicta bella ! Nulla Senatuſconſultis prorogata Imperia ! De quibus Livius *lib.* 10. nulla denique Senatuſconſultis ſimulachra conſecrata ſint . Val. Max. *lib.* 8. *cap. ultim.* Itaque dictum a Menandro generaliter , putavit Cujacius, Modeſtinum ad jus traduxiſſe, recte: veluti ſi dixero duas Juris partes eſſe ſummas , leges & mores , id ipſum recte dixero convenire ei , quod Pyrrho dicebat ( fuit & Ariſtippi verbum ) omnia fieri νόμῳ κ̀ ἔθει : ut illo ſolo verbo νόμῳ , partes nedum contineantur Juris civilis ſcripti , ſed etiam honorarii , & ψῆφοι τῶν ἀρχόντων , ut Baſilica habent, *tit. de Juſtit.* Aliter atque ſi non per imitationem , dixero tres eſſe juris partes , Legem, Morem & Æquitatem , ut vult M. Tullius , vel ut , *in Topicis*, legitimam , convenientem , & moribus confirmatam.

Ait Merillius , jus quod firmavit conſuetudo eſt jus civile non ſcriptum quod fluxit ex interpretatione Prudentum ad leges XII. Tabularum , & fuit non ſcriptum , & longa conſuetudine fuit comprobatum.

Neque omnino verum eſt conſuetudinem , ſive jus moribus receptum , fluxiſſe ex interpretatione prudentum , cum a pravis initiis mores incipere poſſint , *l. quod vero* 14. *&* *l.* 39. *D. de Legibus* , & ſeparat haec Juſtinianus accuratiſſime , *§. reſponſa* 8. *Inſt. de jure naturali , gent. &c.* Neque non omnino falſum , jus quod fluxit ex interpretatione Prudentum , longa conſuetudine fuiſſe comprobatum : Quid enim indiguit tanta prolixitate temporis , quod ſtatim propria conditoris auctoritate valuit ? Pompon. in *l.* 2. *§. ita in* 12. *D. de Orig. Juris* , ſcribit , ad interpretationem, & fori diſputationem , neceſſariam fuiſſe Prudentum auctoritatem . At ejusmodi auctoritatem longa conſuetudine comprobari debuiſſe non ait . Papinianus autem , jus civile non

mi-

minus ex auctoritate prudentum venire, quam ex ipſis legibus agnoſcit, *l. 7. D. de Juſtitia & jure* Poteſt quid uſu recipi ſuadente utilitate, poteſt & cum ipſa utilitate concurrere juriſprudentia, *l. 1. Cod. de Acq. poſſ.* Sabinus & Caſſius putaverunt, poſt litem conteſtatam etiam in actione in perſonam, cauſam omnem praeſtandam eſſe officio judicis: hoc placuit, & exinde vulgo receptum eſt, *l. 2. & l. videamus 32. D. de Uſur.* At Juriſconſultorum auctoritati, ad ipſam confirmandam, uſum accedere debere, quis tradidit? Ita poſtquam a Trebatio ſuggeſtum eſt Auguſto Codicillos admodum neceſſarios eſſe, ad uſum eorum confirmandum, neque lege, neque longa conſuetudine opus fuit: ſola Trebatii auctoritas, & Labeonis exemplum, dubitationem omnem ſuſtulit, & jus Codicillorum admiſit, *Titulo Inſtit. de Codicillis*. Quod ſuadentibus Juriſconſultis recipitur, palam & ex ratione admittitur, quod uſu inducitur ſenſim gliſcit, & veluti irrepere videtur.

Decepit multos, quod Pomponius ſcribit, *l. 2. §. his legibus 5. D. de Orig. Jur.* diſputationem fori & jus quod ſine ſcripto venit compoſitum a Prudentibus, nullo proprio nomine eſſe donata, ſed communi nomine jus civile eſſe appellata. Cum enim viderent, jus quod moribus receptum eſt, jus civile etiam dici: facile in animum induxerunt, ut crederent nihil intereſſe inter mores & jus a prudentibus compoſitum, qua re (peto veniam a viris praeſtantiſſimis) immaniter falſi ſunt; Nam etſi utrumque jus ex non ſcripto venit, non tamen ſequitur idem eſſe. Interpretatio prudentum, ex non ſcripto quidem venit: at non ut mores, ſolo invaluit uſu, nec ſine ſcripto perduravit; Senatuſconſulta & alia ſcita, ex ſcripto venerunt, quia monumentis ab initio conſignata ſunt: quae vero longa conſuetudine invaluerunt ac comprobata ſunt, tantae (propter diuturnum uſum) auctoritatis habita ſunt, ut neceſſe non fuerit ſcriptis ea comprehendere, *l. imo 36. D. de Legibus.*

Itaque ſi cum longa conſuetudine reſponſa prudentum conferantur, haec proculdubio cum jure ſcripto reponenda ſunt, ut pars ejus intelligantur, *d. l. 7. D. de Juſtitia & Jure*. Illa vero, jus ipſum eſſe non ſcriptum dicenda eſt, *l. de quibus 32. cum ſeqq. D. de Legibus.*

DI-

# DISPUNCTIO II.

## An Praeſides qui jus gladii habuerunt, alias coërcitiones habuerint.

Textus §. *qui univerſas* 8. *leg.* 6. *D. de Officio Praeſidis.*

*Qui univerſas Provincias regunt, jus gladii habent, & in metallum dandi poteſtas eis permiſſa eſt.*

NOn eſt verum Cujacium ſcribere *lib.* 21. *Obſervat. cap.* 30. contra quam unquam docuerit de Imperio Praeſidum! Non eſt verum, eum putaſſe Praeſides, omnes Imperii partes habuiſſe. Verba enim illa Cujacii, *Per eminentiam gladii poteſtas ſumma pars meri Imperii, &c.* referenda ſunt ad expoſitionem legis quam enarrat, id eſt, *legis* 3. *D. de Juriſdictione*, quae cum dicat, *Merum eſſe imperium habere gladii poteſtatem*, recte Cujacius, per eminentiam id dictum eſſe, & τυπωδῶς obſervat, quod ſumma pars Imperii meri, ſit jus gladii, *definitur*, inquit, *in dicta l.* 3 *utrumque Imperium non exacte, ſed per exemplum. A majori parte meri Imperii, confecta definitio eſt, major pars eſt jus gladii.* Viden Cujacium meri Imperii plures partes agnoſcere, ſummam autem ac praecipuam facere, jus gladii?

Haud igitur id hac Theſi Cujacius variavit, & in quo variaſſe eum Merillius putavit, hallucinatus eſt egregie, errorem ſuum, ut alienum ſenſum amplexus. Intelligo quod Epictetus monet, non omnes Chryſippum capere Philoſophos, nec video erroris colorem. Nam eſto gladius ſit ſymbolum hujus ſummae poteſtatis, quod facile concedent qui ſciunt & in *Pſalmo* 45. *v.* 3. poſt ea verba, περίζωσαι τὴν ῥομφαίαν σου ἐπὶ τὸν μηρόν σου, adjectum, δυνατέ: non tamen ſequitur, omnes qui ius gladii habuerunt, geſtaſſe eum, aut qui geſtaverunt, vel geſtare potuerunt, omnes Imperii partes habuiſſe, quod probat ſatis textus ille, *jus gladii habent, & in metallum dandi, &c.* Quae poſtrema verba, ſuperflua omnino eſſent, ſi jus gladii, meri Imperii partes omnes contineret. Probat id ipſum *l.* 2. §. 1. *l.* 8. §. 1. *D. de poenis & l.* 6. *D. de interdictis & relegatis*, ibi *Deportandi au-*

*autem in inſulam jus, praeſidibus provinciae non eſt datum, &c.*
*Excellenter autem abutitur Merillius. l. 6. §. ult. D. de Poenis.*, ex qua tentat efficere praeſides, poenas irrogare potuiſſe, quae aut vitam adimant, aut ſervitutem injungant, aut civitatem aufferant, aut exilium, aut corporis coërcitionem contineant; cum illo §.*ult.* Non haec quidem Praeſidibus tribuantur, ſed propoſita quaeſtione quibusnam poenis reos afficere poſſent Provinciarum Praeſides, ordinator Digeſtorum, pleraque fere omnia poenarum genera (quod ars exigere videbatur & forte Ulpianus libro 9. de Officio Proconſulis praeſtiterat (enumerat, conjunctis de eodem argumento, pluribus capitibus; tum demum in *l.* 8. §. 1. *D. eodem illo titulo*, definit Praeſides vitae adimendae jus habere, ut ſi damnaverint aliquem, ut animadvertatur, id eſt, ut gladio feriatur, non ut aliud mortis genus irrogent aut liberam reo mortis facultatem concedant: Verba *legis 6. in fine*, haec ſunt. *Nunc genera poenarum, nobis enumeranda ſunt, quibus Praeſides adficere quemque poſſunt: Et ſunt poenae quae aut vitam adimunt, aut ſervitutem injungunt, aut civitatem auferunt (aut exilium aut coërcitionem corporis continent.* Haec; inquam, poenarum genera recenſentur, non quaſi praeſidibus eas irrogandi jus ſit, quos jam probatum eſt exilio damnare non poſſe, ſed ut iis enumeratis, appareat quibus poſſint, aut non poſſint, noxios plectere.

Nihilo felicius ſententiam ſuam confirmat Merillius, exemplis variarum poenarum, quibus Praeſides provinciarum Chriſtianos affecerunt: Sciendum enim eſt, adverſus Chriſtianos, ſaeviente procella, nullius non poenae irrogandae poteſtatem Praeſides, ex mandato habuiſſe. Nam cum ſaepae Litteras & Edicta, ad Rectores Provinciarum, de compellendis ad Sacrificia Chriſtianis, Principes mitterent, cujuſmodi multa, Diocletiani, & Maximiani ad Urbanum Paleſtinae Praefectum, commemorat Nicephorus *libro* 7. *cap.* 14. Et Euſebius *lib.* 8. *cap.* 14. Dubitandum non eſt iis Edictis ſanctionem & mandatum non defuiſſe. Sed age ne praeſumtionibus agamus. De Decio Imperatore, quo regnante viguit in Chriſtianos ſeptima vexatio, Cyprianus *Epiſtola* 52. *ad Antonianum*, fanda atque infanda, comminatum eum eſſe dicit. *Nonne* (inquit.) *inter glorioſos martyres, deputandus Cornelius, qui tantum temporis ſedit, expectans corporis ſui carni-*

 *fices,*

*ſites, & tyranni ferocientis ultores, qui Cornelium adverſus Edi-Ɛta feralia reſiſtentem, & minas, & cruciatus, & tormenta fidei vig re calcantem, vel gladio invaderent, vel crucifigerent, vel igne torrerent, vel quolibet inaudito genere poenarum, viſcera ejus & membra laniarent, paſſus eſt quicquid pati potuit, & tyrannum armis & bello poſtmodum victum, prior ſacerdotio ſuo vicit.* quid ſibi hoc vult *adverſus Edicta feralia*? Sed & in libro de Novatiana ſecta cui falſus Titulus fuit ἀθλητὴς Νουάτου Ἐπισκόπου ( licet hic liber quod ad dictionem & auctoris propoſitum viliſſimus fuerit, ut Photius memorat ubi de Eulogio Alexandrino Epiſcopo ( in eo, inquam, ſcriptum eſt, Perennium Ducenarium Chriſtianos omnes propoſito poenarum omni genere ad Idola cogere voluiſſe, cum ab Imperatoribus Decio & Valeriano mandatum haberet, πρόσταγμα λαβὼν παρ' αὐτῶν. Quid? Quod privatis quibuslibet, Chriſtianos impune nedum laceſſere, ſed etiam occidere licuiſſe, teſtantur Acta Aniſiae martyris, apud Simeonem Metaphraſtem. Probat & Tertullianus *Apologetici*, *cap.* 37. *Quoties enim* ( inquit ) *in Chriſtianos deſaevitis, partim animis propriis, partim legibus obſequentes. Quoties etiam praeteritis vobis, ſuo Jure nos inimicum vulgus invadit lapidibus & incendiis*. Tam effraenis igitur atque effera in Chriſtianos licentia, ad id probandum quod in quaeſtione eſt, nihil omnino conducit. Eſt enim, ſi verum amamus, tota ad Principum ac Tyrannorum juſſa referenda, prout referebant qui crudeliſſimam eorum inſaniam querebantur. Chryſoſt. *ſermone* quodam *de S. Pentecoſt. tom.* 6. πόσοι ἐξ ἀρχῆς &c.

Sed & admodum inefficax eſt illud argumentum, ***Non debet cui plus licet***, *id quod minus eſt non licere*, quod jamdudum ab hocce Imperii meri tractatu profligatum eſt. Deus bone, quis hoc neſcit? Conſulem relegare non potuiſſe, qui tamen gladio ferire potuit, *l.* 14. *D. de Interdictis*. Itaque Cujacius ipſe noſter, non fert Pontificem uti eo argumento a majori ad minus, in cauſa Imperii ac poteſtatis Eccleſiaſticae in *cap. Per Venerabilem* 14. extra, *Qui filii ſint legitimi*.

Merillius ait, *Conceſſo Imperio mero intelliguntur omnes Imperii partes conceſſae*. Scilicet hoc ad rem eſt! Quaeſtionis ſtatus eſt, an Praeſides qua jus gladii habent, caeteras quoque meri Imperii partes habeant? Hoc cum negatur & pernegatur, quidni probat Merillius? Quid

Quid vero attinet, ut ad Textum illum *legis 6. D. de Officio Praeſ.* reſpondeat, commemorare Merillium, diviſas jam Ulpiani tempore fuiſſe Provincias, ac dicere Rectores Univerſarum Provinciarum, omne Imperium habuiſſe, caeteros non habuiſſe? Cum vel ipſo Merillio agnoſcente, Ulpianus in *d. l. 6.* Provinciarum Rectoribus illis, jus gladii & in metallum dandi tantum conceſſerit.

Nonne denique mirum hoc eſt, Merillium *hocce capite* 2. uno loco, *legem unicam. Cod. Theodoſ. Ne ſine juſſu Principis, certis jud. liceat confiſcare*, in hoc adducere, ut probet Praeſides habuiſſe jus confiſcandi: poſtmodum in ima cera, eandem proferre ut probet non habuiſſe jus confiſcandi?

Dicat forte, ſe prius loquutum eſſe de Praeſidibus qui jus haberent vitae adimendae, poſtea de Praeſidibus diviſarum Provinciarum, *qui* (ita loquitur) *plerumque nec jus gladii habuerunt, nec jus deportandi nec jus confiſcandi*. Ita ne Merilli nos ludis? ut eundem locum, in tam diverſas obtrudas interpretationes. Eſto *dicta lex unica*, duo genera Rectorum perſtringat, An non utriuſque jus gladii concedit ita, ut quibus confiſcationem negat, jus tamen gladii non adimat? *Nemo* (ſint verba *dictae legis*) *ſibi praeſumat moderatorum Provinciarumque Rectorum, ſub quibuſcunque inſulis poteſtatis quemquam patrimonii univerſis privare ſubſidiis, in illos gladii ſui & jus ſeveritatis exerceant, in quos ſtatim deſtringi ferrum jura praecipiunt, &c.*

Vereor ne qui variationis alios poſtulat, non tantum impingat ut variet ipſe, ſed etiam ut pugnantia loquatur.

## DISPUNCTIO III.

An omnis Juriſdictio ſit cum Imperio: vel an aliqua ſit ſine Imperio, adeoque ſimplex & nuda.

*Ad l. 3. verſ. Mixtum. D. de Juriſd. Mixtum eſt Imperium, cui etiam juriſdictio ineſt.*

Cujacius ſcripſit *lib.* 21. *Obſerv. cap.* 30. Nullam eſſe juriſdictionem ſimplicem vel nudam. Idem (inquit Merillius) ali-

ter, in prima expoſitione Tituli *de Juriſdict.* ſcilicet ad *l.* 1. ubi hoc dixit, *Magiſtratum Municipalem ſimplicem tantum juriſdictionem habere*, & ad *l.* 53. *Cod. de Decurionib. Duumvirum Imperium non habere, juriſdictionem habere*. Quis neget hac in quaeſtione variaſſe Cujacium?

Quaeſo te Merilli, ſine me aliter paullo effingere quaeſtionem, in hunc ſcilicet modum: An majores Magiſtratus Juriſdictionem ſine Imperio, adeoque ſimplicem & nudam habere intelligi poſſint? Enim vero ſi quam vel animo cogitavit, qui nullam propoſuit in *d. lib.* 21. *Obſ. cap.* 30. hanc proculdubio ita a me conceptam quaeſtionem efformare, par fuit eum qui de Majoribus tantum Magiſtratibus loquutus eſt, de Minoribus ne verbum quidem. Huic autem quaeſtioni, ſi quis apte & convenienter reſpondere velit, quid tandem reſpondeat, niſi quod Magiſter illo loco praeſcripſit? Atqui veriſſimum illud eſt, *dicto Obſervationum loco* de Majoribus tantum Magiſtratibus Cujacium tractare: Nimirum hoc agit, ut *d. l.* 3. *D. de juriſd.* ſimpliciter exponat: Nec generalem titulum obſervationi illi tribuit, ſed hunc, *Interpretatio legis* 3. *D. de Juriſd.* quam legem cum perſpicuum ſit, eſſe de Mero Imperio & de Mixto quod habent urbani Magiſtratus & Poteſtates: ſecundum haec rectiſſime ſcripſit Cujacius, *duos in ea lege terminos eſſe*, *quia nulla eſt juriſdictio ſimplex vel nuda*, ſcilicet in iis Magiſtratibus, de quibus in *ea lege* agitur, ut ipſius legis epigraphe indicat, quae eſt, Ulpian. lib. 2. de off. Quaeſtoris, cujus & interpretationem orditur Cujacius, ab eo quod Quaeſtor, licet Merum Imperium non habuerit, non tamen ſine mixto Imperio fuerit. Atque eam fuiſſe Cujacii mentem, ſuadet & quod obſervat vir prudentiſſimus, definiri utrumque Imperium per exempla, Bonorum ſcilicet poſſeſſionis, & Judicum dationis, quae cum Magiſtratibus Municipalibus non congruant, ad eos palam eſt obſervationem illam ſuam non retuliſſe: ſed nec alia exempla, quae adſciſcit Cujacius aliunde, quam ex *d. l.* 3. poſſunt aptari Municipalibus Magiſtratibus, ut de extraordinariis cognitionibus, de executione ſententiarum a judicibus datis redditarum. Item de decreto quo Magiſtratus jubet judicare, aut cavere, vel quo mittit in poſſeſſionem, vel quo reſtituit in integrum.

Dicat Merillius, me praeterire duo exempla, mulctae dictionis,

nis., & modicae cujuſque coërcitionis! Bona fide agnoſcam Cujacium, ea quoque proferre: At ejusmodi ſunt inquies, ut Duumviris non denegentur! Ita ſit de modica coërcitione; Sed eam Cujacius commemorat quatenus eandem majores Magiſtratus cum aliis mixti Imperii partibus habent. Quod ad mulctae dictionem attinet, diſpiciendum, an omnino Duumviris concedenda ſit! qua de re ſtatim.

Etſi haec autem Cujacium vindicare poſſint, ut non dicatur *illo Obſervationum loco*, quidquam aſſeruiſſe, vel negaſſe de Magiſtratibus Municipalibus, aliud tamen etiam eſt, quod licet Merillio non iri probatum ſcio, commodiſſime tamen ac veriſſime rem expediat: ſi dicamus Magiſtratus Municipales, ſimpliciter quidem ac per ſe, qua Magiſtratus ſunt, Juriſdictionem & Imperium vel exiguum habere, exiguum inquam, id eſt, quatenus explicandae juriſdictioni neceſſarium eſt, comparate vero, dici poſſe non habere imperium, ſcilicet ſi conferantur cum Poteſtatibus & Urbanis Magiſtratibus, qui imperii mixti partes omnes habent: Atque ita Cujacium uno loco Imperium abrogare Magiſtratibus Municipalibus ut ad *l.* 53. *Cod. de Decurionib.* & ad *l.* 1. *D. de juriſdict.* alio vero non denegare. Et quidem quod vir Praeſtantiſſimus in recitationibus, *ad l.* 1. *D. de Juriſdict.* Magiſtratus Municipales ait non habere Imperium, nihil aliud eſt, quam non habere ea quae magis imperii ſunt, quae abſolute Imperium dicuntur. *Nam id quod duplex eſt ſive junctum*, inquit *ab eo quod majus eſt, nomen accipere ſolet, ut honeſtum quod eſt & utile, honeſtum ſimpliciter dicitur*, & infra, *ſunt pleraque alia jura, ſunt multae aliae licentiae, quae ſunt mixti Imperii, ſunt etiam alia ſine quibus Juriſdictio expediri non poteſt: haec dantur etiam Magiſtratibus Municipalibus, uti eſt modica coërcitio*, & iterum infra. *Magiſtratus Municipalis non habet omnia quae ſunt mixti Imperii, ſed neceſſario ea tantum ſine quibus juriſdictionem ſuam explicare non poteſt*. Ex quibus apparet, ſimplicis juriſdictionis nomine, Cujacium non excluſiſſe omnes mixti Imperii partes. Videat igitur Merillius ne fallat, neve fallatur.

Quidni vero, Mixti Imperii partes minores Magiſtratibus Municipalibus relinquemus? Dicuntur habere ea, quae tam Imperii ſunt quam juriſdictionis, *l.* 26. *D. ad Municipalem*. Habent igi-

igitur Imperii nonnihil: *facere non poſſunt*, inquit *d. l. 26. ex quae magis Imperii ſunt quam juriſdictionis*. Ergo poſſunt exequi quae tam unius cauſae ſunt quam alterius. Melior eſt ea conſequutio quam probatio iſta Merilliana, non opus eſſe Imperio Magiſtratibus Municipalibus ad exercendam ſuam Juriſdictionem, utpote (inquit Merillius) qui facere non poſſint ea quae ſint Imperii: Vide quid dicas Merilli: Non hoc ait *lex 26.* ſed non poſſe quae magis Imperii ſunt facere, cum ſint proculdubio quaedam, quae magis Imperii ſint, quam Juriſdictionis, *l. 4. D. de Juriſdictione*. Deinde Juriſdictio data eſt Magiſtratibus Municipalibus; igitur & iiſdem ipſis ea conceſſa, ſine quibus Juriſdictio explicari non poteſt, *l. 2. D. de Juriſd.* Denique ſine modica coërcitione nullam eſſe Juriſdictionem Paulus ait, *l. ult. D. de Offic. ejus cui mandata eſt Juriſd.* Nec dicat Merillius, hoc nihil aliud eſſe, quam nullius eſſe momenti. Hoc enim ſalva omnium pace, nihil eſt dicere, quia & hoc eodem recidit. Deinde quod factionem habet, ſive ab uno ſive a pluribus fiat, ſi nullum dicatur recte convertas nullius eſſe momenti, ut eſt teſtamentum, mandatum, emtio, fidejuſſio, pactio; Ita & judicia, quae & fieri dicuntur & nulla eſſe, *Orat. pro Cluentio*, & alibi, & ipſe actus exercendae Juriſdictionis, pro nullo haberi recte dicitur, & ſententia nulla, *l. 1. D. quod quiſque juris*, ſtipulatio recte quoque nullius momenti eſſe dicetur, cum rite facta non eſt, cum nihil actum. At nemo belle ac Latine dixerit Juriſdictionem nullam, ſignificare nullius momenti. Non fit enim Jurisdictio, ſed eſſe vel non eſſe dicitur, *l. 1. & 2. D. de Judiciis*. Nec me diſſuadebit Papa in *cap. 23. extra, de Off. & poteſt. Idd. deleg.* magis enim ille quid vere quam quid recte dicatur, attendit: Non eſt arbiter aequus latinitatis, ſed veritatis: ſed nec ibi interpretatur Juriſconſulti verba. Ergo nullam eſſe Jurisdictionem ſine Imperio, id ſignificat, nullam eſſe Juriſdictionem quae non habeat conjunctum Imperium. Itaque cum habeant Magiſtratus Municipales Jurisdictionem ſequitur eos & Imperium habere. Et vero poſſunt Magiſtratus Municipales aliqua decernere, puta ſumtum ad funus, *l. ſi quis 12. §. ult. D. de Religioſis*. Poſſunt legationem injungere, *l. 13. §. idem Labeo 5. D. de Injur.* qua in re quis mihi negat Imperium aliquod verſari? *l. Munus 214. D. de V. ſig.* Poſſunt legitimos actus explicare, *l. apud 4. Cod. de vindicta libert.*

*bert.* quod ita intelligunt quidam, non tantum ſi eis Lege Municipii hoc datum ſit, ſed ita ſi non ſit ademtum, *l.* 25. *D. ad Municipal.* Quin quod & ſaevire in ſervitia eis licet, ſi quem forte ſervum invenerint ita petulantem ut honorem & ornamenta adtentaret, *l. item apud* 15. §. *unde quaerit* 39. *D. de Injuriis*, qua forte de cauſa, Concilio Eliberitano cautum fuerat, Magiſtratum anno quo ageret Duumviratum, abſtinere ab Eccleſia. *Can.* 56. *Concil. Eliber.* Scilicet haec omnia, Poteſtatis ac Imperii rationem & vim aliquam habent, quae tamen adeo ſunt infra ea quae majores ſibi vindicant Magiſtratus, ut prae iis, nulla dicantur. Atque hoc ſenſu Paulus ſeparat Magiſtratus Municipales ab iis, qui Imperium, poteſtatemque habent, *lib.* 5. *Sent. tit.* 5. *de Effectu ſentent.* Ita quoque Ulpianus, minores Magiſtratus ſine Imperio & poteſtate eſſe dicit, *l.* 32. *D. de Injuriis.* ſcilicet reſpectu majorum Magiſtratuum. Et Cujacius noſter, cum ait in utraque expoſitione *legis* 1. *D. de Juriſd.* Magiſtratus Municipales Imperium non habere, citata *d. l.* 26. *D. ad Municipal.* in comparando loquutus eſt, ut ſequentia eodem loco oſtendunt. Denique quod Tullius 1. *act. in Verrem*, *cap.* 13. dixit Ædilem paullo amplius quam privatum eſſe, hoc dixit ad Conſulis comparationem. *Erat*, inquit, *tum Conſul Hortenſius cum ſummo Imperio & poteſtate*, *ego autem Ædilis*, *id eſt, paullo amplius quam privatus.*

Non dixi, (quod dixit Merillius) mulctae dictionem, ex Lege Municipii habere Magiſtratus Municipales, quod tentat probare nec quicquam ex *l. ult. D. de Decret. ab. ord. fac.* Eſt ea res nimirum majoris momenti, id eſt magis Imperii quam juriſdictionis, adeoque ſolis Magiſtratibus permiſſa, id eſt Urbanis, & Provincialibus. Ita enim exaudienda eſt *lex Aliud fraus* 131. *in fin. D. de verb. ſig. Magiſtratus ſolos & Praeſides Provinciarum poſſe mulctam dicere, mandatis permiſſum eſt*. Quis adeo novus & ut ita dicam hornotinus, ut ignoret Magiſtratus ſi cum Poteſtatibus, id eſt Provinciarum Praeſidibus conjungantur Urbanos ſignificare? Populi Romani Magiſtratus, *l.* 3. *D. de Eo quod metus cauſa*, *&c. l.* 4. *in f. D. de Interrog. act.* Omnes tenent Suetonii locum *in Claudio*, *cap.* 23. *Juriſdictionem de fideicommiſſis quotannis & tantum in urbe delegari ſolitam Magiſtratibus*, *in perpetuum atque etiam per Provincias Poteſtatibus demandavit.*

Et

Digitized by Google

Et ſane in *l.1.Cod.de modo mulctar.* ſtatuitur modus intra quem Judices mulctas dicant, tam Spectabiles, quam Illuſtres: Municipalibus nullus praeſtituitur: unde ſequitur vel infinitam eos licentiam habuiſſe mulctae dicendae, quod abſurdum eſt, vel nullam, quod veriſſimum, Itaque quod *lex 2.in in fine.D.de Jud.* ait, *Jus mulctae dicendae, datum eſſe his quibus publice judicium datum eſt*. Plane referendum eſt ad Majores Magiſtratus, & omnino conjungendum cum *D. in l. aliud fraus* 131.ubi ait, *item mulctam is dicere poteſt, cui judicatio data eſt*. quae verba interpretationem ſumunt ex his quae ſequuntur, *Magiſtratus ſolos & Praeſides Provinciarum poſſe mulctam dicere.*

Atque ex iis conſtare poteſt, quod dicitur, in *l. 4. D. de Juriſd.& l.26.D.ad Municipal.* Magiſtratus Municipales non habere ea quae ſunt magis Imperii quam Juriſdictionis, comparative omnino dici, quidquid Merillius ſcribat in *cap.* 4. *ſequenti*, ubi pauca nobis adnotanda ſupererunt.

## DISPUNCTIO IV.

An in mixto Imperio quaedam ſint magis Imperii quam juriſdictionis? & an verbum (*Magis*) in *l.4.D.de juriſdictione*, poſitive vel comparative ſumi debeat?

AGamus primo de quaeſtione propoſita, ſimul & de ſententia *dictae legis* 4. Tum demum de variatione Cujaciana. Ulpianus in *d. l.*4. ait, *Jubere caveri Praetoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, Imperii magis eſt quam Juriſdictionis.* Quaeſtionis eſt an illud, *magis*, θετικῶς, id eſt poſitive, an potius συγκριτικῶς ſive comparative accipi debeat? Ponitur poſitive, cum de aliquo dicitur non in comparando, ſed in ſeparando ut id fere valeat quod verbum, Potius, veluti cum dicimus virtutem magis ſectandam eſſe, quam vitia. Comparative vero accipitur, cum plus tribuit uni rei quam alii, ſignificat tamen rem utramque, de qua ſermo eſt, qualitatem eandem habere, ſed non eodem gradu, ut cum dicimus mel magis eſſe dulce quam uvas. Mel dulce eſt, & uvae dulces, ſed mel magis dulce, quibus exemplis utitur Diogenes *in Pyrrhone*. Quamquam Tullius *Lib.*3.*de Finibus cap.*10. mel dulciſſimum eſſe dicat, ſuo proprio gene-

genere ſaporis, non comparatione cum aliis dulce eſſe ſentiri. Alio exemplo utar, ut ſi dicam mage doctum atque in nomicis ſapientem Merillium, quam ceteros hujus ſaeculi Anteceſſores; ſcientiam utique non detraham ceteris, ſed prae illis Merillium faciam eminentem, & ſi patiatur ἔμψυχον βιβλιοθήκην ut Eunapius Porphyrionem inter Sophiſtas; vel denique ſi de una eademque re vel condimento quod plures habeat ſapores dicam ſalſum magis aliquid eſſe quam acidum, utrumque dicam; ſed alterum magis. Idem ſi dixero Gothofredum juris interpretem, ſagacem & laborioſum, magis tamen laborioſum. Marcus Tullius ad conſecutionem refert hanc ſpeciem diſceptationis, cum dicit aliam ſimplicem eſſe, aliam ex comparatione, *lib.*3. *de Oratore*, *cap.*29.

Affirmo autem omni aſſeveratione, vocabulum *magis*, in *d. l.*4.*D.de juriſdict.* comparative poni. Et primum id concedo lubens cuilibet, conjungi poſſe commodiſſime *dictam l.* 4. cum *l.* 26. *D.ad Municip.* Imo & partem ejus eſſe: Annuam etiamnum ſi quis velit, Tribonianum ex altera alteram concinnaſſe, quod ei uſu venit ſaepe ſaepius: Denique & illud dabo libenter quod expetit Merillius, de Magiſtratibus Municipalibus ambas illas accipiendas eſſe leges. Sed quid tum? Nimirum non ideo minus hunc eliciam ſenſum ex iiſdem legibus Magiſtratum Municipalem, cum dicitur non poſſe jubere caveri Praetoria ſtipulatione, aut in poſſeſſionem mittere, non poſſe in integrum reſtituere, aliaque ejuſmodi quae ſunt Juriſdictionis & Imperii, non minus, inquam, efficiam eſſe haec omnia magis Imperii, quam Juriſdictionis, & quidem in comparando: Scilicet his legibus probatur plus habere Majores, quam Minores Magiſtratus; habent enim hi, quae ſunt & juriſdictionis & Imperii, ſed Imperii tantum habent, quantum ſatis eſt ad fovendam juriſdictionem ſuam, quae plane, ut dictum eſt, ſine aliqua parte & aliquo uſu Imperii explicari non poteſt. At illi longe plus habent, qui partes omnes Mixti Imperii habent. Haec ſunt omnium communia forenſi diſceptatio, judiciorum conſtitutio, & ſententiae dictio. In his explicandis, omnium juriſdictio imperio valet ſuo, & per Imperium vim ſuam exerit. Majorum propria ſunt, jubere caveri Praetoria ſtipulatione puta damni infecti nomine, mittere in poſſeſſionem, jubere poſſideri bona, reſtituere in integrum,

*d.l.4.D.de Juriſd.d.l.26.D.ad Municip.* Bonorum poſſeſſionem dare, judices litigantibus dare, *l.1.& l.Imperium 3. D.de Juriſdictione.* Juriſdictionem ſuam defendere poenali judicio, *l. unic.D.ſi quis jus dicenti non obtemp.* & ſimilia.ſed ex his quaedam quibuſdam conceſſa ſunt moribus, quibuſdam lege vel Senatusconſulto, ut jus dandi judices, quod Urbanis Magiſtratibus conceſſum eſt more majorum propter vim Imperii ſui, Proconſuli autem & ejus legato conceſſum eſt lege, *l. cum Praetor* 12. §. 1. *D. de Jud.* ut cum verum eſt in urbanis Magiſtratibus, hoc jus magis eſſe Imperii, quam juriſdictionis, id veriſſimum ſit in Praeſidibus Provinciarum. Tutoris dationem his non annumeramus: licet enim officio jus dicentis, quod generaliſſimum eſt, contineatur, *d. l.* 1. *D. de Juriſd.* quia tamen juriſdictioni & civilium cauſarum diſceptationi mixta non eſt, magis eſt ut neque ad juriſdictionem, neque ad Imperium pertinere dicatur, *l.Muto* 6. §.2. *D. de Tutel.* multoque minus adjungemus exercitionem publicorum judiciorum, quam nemo jure Magiſtratus habet, *l.1.in pr.D.de off.ejus cui mandata eſt juriſd.* Has eminentiores partes Imperii mixti, minoribus, id eſt, Municipalibus Magiſtratibus, denegamus : humiliores ceteras adeoque communes illas non invidemus. In majoribus major eſt poteſtas, in minoribus minor, & igitur aliqua, non plane nulla: Quod vel faſces oſtendunt, & inde poteſtas faſcium, in *l. Duumvirum* 53. *Cod de Decur. Duumvirum*, inquit, *impune, non liceat extollere poteſtatem faſcium, extra metas territorii propriae Civitatis.*

Sed non tantum comparatio quam efficit verbum illud *magis* locum habet inter Magiſtratus Majores & Minores, verum etiam intelligitur in ipſis ſolis per ſeſe Majoribus Magiſtratibus, ut ſciamus eos tale Imperium habere, quod licet cum juriſdictione conjunctum ſit, emineat tamen in quibuſdam & eluceat magis quam in aliis. Quod ut innoteſcat, ſciendum eſt mixtum Imperium, prout intellectu percipitur, ad fines ut ita dicam accedere Imperii meri; habet idem nomen, Imperium enim dicitur, & poteſtas, *l.Poteſtatis* 215. *D.de Verb.ſignif.* quae poteſtas & a regibus manavit, *l.2.§.14. D.de Orig.jur.* Sed & ordine affine & proximum illi eſt, ut ſpherae ſuperiori ſubactum ei coelum. Merum Imperium eſt poteſtas cenſurae publicae exercendae, ſelecta a cognitione civilium ac forenſium cauſarum, lege conceſſa; Mixtum eſt

po-

poteſtas civilium negotiorum, cauſarum, & actionum moderandarum, finiendarumve, jure Magiſtratus competens, vel lege conceſſa. Illud coërcitionum graviorum partes omnes complectitur, ideoque nonnunquam ſummum dicitur, & ſummum jus, *l.2.§.exactis deinde Regibus 16.D.de Orig. Jur.* το κράτος ἄκρατον. Hoc autem, minorum tantum coërcitionum ſpecies & partes habet: verbera, vincula, carceres, cuſtodiam publicam, mulctam, pignoris capionem, & ſi quae ſint aliae. Ut igitur in eodem Magiſtratu qui Meri Imperii partes habet complures, alias aliis majores agnoſcimus, ita in Magiſtratu qui mixti Imperii ſpecies omnes ſibi vindicat, alias prae aliis eminere fatendum eſt, quatenus ſcilicet propius ad merum accedunt Imperium. Ut ecce, cum in extraordinariis judiciis cognoſcit Praetor & judicat, haec facit pro imperio & juriſdictione ſua, & cum dat, dicit, & addicit, pro Imperio aeque ſuo hoc facit: at quis non videt magis elucere vim Imperii ejus cum dat bonorum poſſeſſionem, cum dat judices, & cum addicit bona? cum his actibus, legis poteſtatem propius imitetur? Item cum jubet in carcerem duci, cum extra ordinem aliquem plectit, & modicam ita coërcitionem exercet, ut *l.2.D.de In jus voc. & l.8.§.2. D. de Religioſis.* cum auſfert rem poſſeſſori victo judicio in rem, idque manu militari, *l. qui reſtituere 68.D.de Rei vindic.* cum corpus retinet & mulctam dicit, *l. 9. in fin. D.ad l.Juliam Pecul.* quis neget haec omnia, proxime ad metas Imperii meri accedere? quod adeo verum eſt ut Graeci in *d. l. 4. D. de juriſd.* Imperium interpretentur (nimis licenter) τιμωριτικὴν ἀρχὴν καὶ ἄκρατον ἐξουσίαν, ut & Accurſius in *d.l.2.D.de in jus voc.* Itaque verum eſt, cum dicitur jubere caveri Praetoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, magis eſſe Imperii quam Juriſdictionis: illud, *Magis*, comparative poni: & vero verius eſt in Imperio mixto, quaedam eſſe magis Imperii, quam juriſdictionis.

Quod autem Merillius objicit in contrarium, ita leve eſt, ut ſola negatione diſſlari poſſit. Quaecumque, inquit, ſunt Imperii mixti, ſunt aeque Imperii & jurisdictionis. Negatur aeque eſſe. Et ſane in compoſitis, non eſt aequilibrii tanta ratio, tamque certa ac neceſſaria, ut alterum ex his quae miſcentur, plerumque non exuberet! ſatiſque ſupra probavimus in multis quae ſunt utriuſque cauſae, id eſt, Imperii & jurisdictionis, praeva-

lere & praecellere vim Imperii.

Aliam non probationem, ſed conjecturam habet Merillius, ut *magis*, poſitive ſumatur, in *d. l.*4. *D. de Juriſd.* ( quod non ad quaeſtionem a ſe propoſitam, ſed tantum ad interpretationem *d. legis* pertinet ) conjectura eſt ex inſcriptione *d.l.*4. *D. de Juriſd.* & *legis* 1. & 4. *D. de Damno infecto.* quae ſunt ex Ulpiani lib. 1. ad Edictum juncta *l.*26.*D. ad Municip.* quae Pauli eſt, etiam lib. 5. ad Edictum. ubi quaeſitum vult Merillius an Magiſtratus Municipales poſſent exigere cautionem damni infecti nomine, & Ulpianum reſpondiſſe, id magis eſſe Imperii quam juriſdictionis, id eſt, magis pertinere ad Praeſides, quam ad Magiſtratus Municipales! ut Imperii verbo, ( prout interpretatur Merillius ) denotentur Praeſides, qui mixtum Imperium habent: juriſdictionis verbo, Magiſtratus Municipales qui nudam ( ut ille vult ) Juriſdictionem habent: quae fluxa admodum conjectura eſt, & plane falſa apud eos, qui ſimplicem nullam juriſdictionem agnoſcunt. Etſi enim concedant, libro 1. ad Edictum tractatum eſſe an Magiſtratus Municipales potuerint exigere cautionem damni infecti; Quid vetat opinari Ulpianum diſerte & plane ita reſpondiſſe non poſſe: data e veſtigio ratione, quia ea quae magis Imperii quam Juriſdictionis ſunt, non poſſint magiſtratus illi facere. Quo poſito; quid efficit conjectura Merilliana?

Nunc quod attinet ad Cujacium, qui dicitur in ſecunda expoſitione Tituli *de Juriſdictione*, docere *magis* in *ſupra dictis legibus* accipi in comparando: cum in prima ejuſdem tituli expoſitione, docuiſſet poſitive ſumi debere. Dicam quod res eſt, neque in prima illa expoſitione Cujacium aliter quam in ſecunda docuiſſe: Quod integra ejuſdem Cujacii oratio pervincet. *Huic*, inquit, *ſententiae nihil obſtat lex* 4. *hoc tit. quae ait jubere caveri, & in poſſeſſionem mittere eſſe magis Imperii quam juriſdictionis, quoniam (magis) ponitur in comparationem*. Nolo de dolo adverſus te agere, Merilli, nolo falſum intendere: Conſule tamen honori tuo.


Digitized by Google

# DISPUNCTIO V.

## An Magiſtratus in Juriſdictione voluntaria, poſſit ſe ſubjicere alii magiſtratui aequalis vel inferioris poteſtatis.

Textus *legis* 14. *D. de Juriſd.*

*Eſt receptum, eoque jure utimur, ut ſi quis major, vel aequalis ſubjiciat ſe Juriſdictioni alterius, poſſit ei, & adverſus eum jus dici.*

Duplex eſt Juriſdictio, voluntaria & contentioſa: voluntaria eſt auctoritas quam interponit Magiſtratus, in exequendis ſolemnibus legis actionibus, veluti Manumiſſionibus & Adoptionibus quae inter volentes fiunt, *l.*2. *&* 3.*D.de Off. Proconſ. l. in adoptionibus* 5. *D. de Adopt.* Contentioſa vero, eſt poteſtas finiendi controverſias litigatorum, eoſque cogendi ac compellendi etiam invitos, *l.inter ſtipulantem* 83.§.1.*D.de V.obl.l.quidam* 21. *D. de reb. cred.*

In contentioſa juriſdictione, receptum eſt ut ſi major Magiſtratus ſubjiciat ſe Juriſdictioni minoris, puta Conſul aut Praefectus urbi, Praetoris juriſdictioni: aut aequalis, aequalis: puta Praetor alter, alterius Praetoris juriſdictioni ſponte ſe ſupponat, poſſit ei, & adverſus eum jus dici, *d.l.*14.*D.de Juriſd.* dixi ſi ſponte ſe ſubjiciat, enim vero ſi detrectet Imperium! qui cogetur a minori major, vel par a pari? *l. Ille a quo* 13. §. *Tempeſtivum* 4. *D.ad SC.Trebell.*

At quaeſtionis eſt, an in juriſdictione voluntaria, par paris, vel major minoris Imperio ſe ſubjicere poſſit, puta ut Conſul vel Praetor apud Praetorem, ſervum filiumve ſuum manumittat? Ait Merillius poſſe. Ego contra, non poſſe; Et ita Cujacium ſenſiſſe in *Obſervationibus*, *lib.*7. *cap.*17. nec aliter unquam. Probatur negativa ſententia, *l.*14.*D.de Manumiſſ. Apud eum* (inquit Paulus) *cui par Imperium eſt manumittere non poſſumus: Sed Praetor apud Conſulem manumittere poteſt.* Probatur item *l.* 18. §.1.*D.de Manumiſſis vindicta. Apud collegam* (inquit) *ſuum Praetor manumittere non poteſt.*

Merillius Cujacium exiſtimat aut fingit ſe exiſtimare, in prima expoſitione tituli *de Juriſdictione* ſenſiſſe, Magiſtratum poſſe

apud

apud alium Magiſtratum parem minoremve, legis actiones exercere: Sed quid Cujacio cum poſtumis illis operibus quas nec dictavit, nec recognovit ut te Merilli Epiſtola jam noſtra praemonuit? Quid ſi nec in poſtumis, nec ipſiſſimo quem objicis loco, aliud cenſuit? Scio equidem non aliud ſenſiſſe *ad Papinianum libro* 1. hoc eſt ad *l.*1. *D.de Off.ejus cui mand. eſt juriſd.* Nec aliud ad *l.*1.*tit.*63. *Cod.de temporibus & reparationibus appellat.* quam interpretatus eſt, *lib.*8.*quaeſt.Papiniani.* ubi Bodinum tale quid ſibi adſcribentem refellebat hiſce verbis, *ut non mirer ſi ingenioſus ille mihi adſcribat, me in l.apud eum* 14. *D. de Manumiſſ.ſine negatione ita legere, Apud eum cui par eſt Imperium manumittere poſſumus. Quod neque manus expreſſit neque animus cogitavit unquam.* Non aliter te hodie Merilli, ſi viveret, profecto Magiſter exciperet.

Reſtat ut locum illum praelectionis ad Titulum *de Juriſdictione* expendamus, quem ſi libraverit ipſe non iniquis ponderibus Merillius, agnoſcet haud ita ſibi ad propinandam nobis variationem inſervire. In priore enim illa expoſitione *legis* 14. *D. de Juriſdictione* brevi facta ejus enarratione, duo Cujacius praeſtat in tractanda quaeſtione de voluntaria juriſdictione, dum Accurſii primum opinionem refert rejicitque, probata lectione Florentina, quae negationem habet: *Rectius* (inquit) *Florentinis additur negatio, quod confirmat lex Apud* 14. *D. de Manumiſſ. ſed Praetor manumittere poteſt apud Conſulem, nam Conſul majus Imperium habet. Igitur recte Praetorem manumittere apud Conſulem, apud Collegam non recte.* Quibus verbis ſuam ſatis aperte Cujacius opinionem declaravit. Deinde quorumdam aliorum dictum excutit, & improbat non differentiam quidem ab iis allatam, ſed rationem tantum differentiae cur litigare aequalis Magiſtratus apud aequalem, manumittere vero non poſſit, quae ratio erat, quod litigare Magiſtratus per procuratorem poſſit, manumittere vero per procuratorem non poſſit, ne imminuatur (inquiebant) Majeſtas majoris Magiſtratus ſi ipſe adeat minorem: Ad haec Cujacius; *Nunc dico, ſi quis major ſua ſponte adeat minorem Magiſtratum manumittendi cauſa, non magis ſibi faciet injuriam quam ſi litiget per ſe, hoc vero non prohibetur facere, ergo nec illud injuriae illius metu.* Quis non videt probatam omnino a Cujacio differentiam quam ipſae leges ſtatuunt per ſe:

At

At improbari rationem illam, ne imminuatur dignitas majoris Magiſtratus minorem adeuntis? Improbari inquam, quod dum ei permittitur adire ut per ſe litiget, non minus hac aditione imminutum eat dignitatem ſuam, quam ſi ob aliam cauſam adeat. Jam quod vulgo legitur apud eundem Cujacium, *igitur in majorem vel aequalem Magiſtratum, nullam eſſe Juriſdictionem contentioſam vel voluntariam, niſi ſe ei ſubjiciat*. Nemo doctus atque erga Cujacium aequus, non emendabit & leget ita, *igitur in majorem vel aequalem Magiſtratum, nullam eſſe Juriſdictionem contentioſam vel voluntariam, niſi ſe ei ſubjiciat*. Nemo doctus atque erga Cujacium aequus, non emendabit & leget ita, *igitur in majorem vel aequalem Magiſtratum nullam eſſe juriſdictionem voluntariam, Imo nec contentioſam niſi ſe ei ſubjiciat.* Quo facto neque ipſe locus nec quiſquam alius conſtantiſſimae Cujacianae doctrinae offendet.

Nondum ſatis! videndum etiamnum eſt quibus momentis fretus Merillius putet in juriſdictione voluntaria, Magiſtratum ſuperiorem vel aequalem aequali vel inferiori ſe ſubjicere poſſe. *Id*, inquit, *ſuadent verba legis* 14. *D. de Juriſd. ut ei poſſit & adverſus eum jus dici*, Ei, inquit, jus dicitur, puta in juriſdictione voluntaria. In eum, in juriſdictione contentioſa. Quaſi vero, & in juriſdictione contentioſa non dicatur jus ei qui vel condemnatur ipſe alii, vel cui alius condemnatur? *Qui juriſdictioni praeeſt, neque ſibi jus dicere debet, neque uxori vel liberis ſuis, neque libertis vel ceteris quos ſecum habet*. (quae ſunt verba *legis* 10. *D. de Juriſd.*) quod & ipſe aſſumis Merilli, *cap.*10.*infra*, ubi ais filium patri poſſe jus dicere, eumque cogere ſuſpectam adire haereditatem ex *l.*13. *in fin. D. ad SC. Treb.* & agnoſcis eam, *l.*10.*D. de Juriſd.* eſſe de contentioſa juriſd. Et ita plane eſt, haec verba *Ei & adverſus eum*, denotare tum actorem & reum, tum eum ſecundum quem & contra quem judicetur: ut ſit & ea *lex* 14. de juriſdictione contentioſa. Ita cum dicitur Praefectum urbi adiri poſſe ab Argentariis vel adverſus eos, in *l.*2.*D. de Off. Praef. urbi* id eſt, ſive vocent, ſive vocentur. Hoc mire exprimitur in fragmento Mandati D. Hadriani, quo vetabat Praeſides, anno ſuae poteſtatis, vel ſuas vel minorum ſuorum cauſas in judicium ſive agendo ſive defendendo deducere: poſt annum vero, ut tam ipſis contra debitores ſuos, quam debito-

bitoribus contra ipſos, actiones intentare liceret, αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς εἰσαγογίμους εἶναι τάς δικας, *l.pars* 42.*D.de Jud.* Eo quoque pertinet quod dicitur, perpetuas actiones haeredibus & in haeredes tranſire atque etiam poenales a lite conteſtata, §.*ult.Inſtit.de perpetuis & temporalib. act.l.*9. *D. de Religioſ.*

Iterum Merillius, Non magis (inquit) minuitur dignitas Magiſtratus ſi ſe in hac vel illa juriſdictione ſubjecerit. Mihi nunc ſufficit hoc dicere unum eſt receptum, alterum non, ut *l.* 34.*D.mand.Eſt receptum eoque jure utimur ut ſi major vel aequalis ſubjiciat ſe alterius juriſdictioni, poſſit ei & adverſus eum jus dici.* Hoc cum ait Ulpianus tacite mihi videtur dicere, non eſſe hoc perinde receptum ut quis manumittat apud Collegam vel minorem ſe Magiſtratum. Eſt aliquid ſimile in ſubſtitutione vulgari & pupillari facta impuberi filio: hoc jure utimur, ut, ſi unus tantum ſubſtitutionis caſus expreſſus ſit, benigne ſuppleatur ille caſus qui omiſſus eſt, *l.*4.*D.de Vulg. & pup. ſubſtit.* Non ita ſuppletur caſus omiſſus in inſtitutione poſtumi, qui ſi ita inſtitutus eſt, *ſi vivo me natus fuerit*, non intelligitur inſtitutus illo caſu *ſi mortuo teſtatore natus ſit, l.commodiſſime* 10.*D.de lib.&poſt.* Scilicet hoc nondum receptum erat (maxime inter Sabinianos) ante Juſtiniani cōſtitutionem in *l.ult.Cod.de Poſtumis haered.inſtituend.*

Quod autem Merillius reſpondet ad *l.*14.*D.*de *Manumiſſ.& l.*18.*D.de Man.vindict.* quid ſalis habet? Illae leges volunt Praetorem apud Praetorem non poſſe manumittere. Merillius ait debere intelligi, niſi ſe Praetor Collegae juriſdictioni ſubjecerit: Quid? Poteſt ne non ſe ſubjicere ei, ſi eum adeat? poteſt ne cogi invitus ut adeat? Quae igitur iſta diſtinctio, ubi res aliter fieri non poteſt.

## DISPUNCTIO VI.

An poena contumacis qui jus dicenti non obtemperavit, actori, vel fiſco, vel utrique vindicetur.

Textus *legis un.in* §. *ult. D.ſi quis jus dicenti non obtemper. Hoc judicium, non ad id quod intereſt, ſed quanti ea res eſt, concluditur, & cum meram poenam contineat, neque poſt annum, neque in haeredem datur.*

TItius Sejo rem ab eodem Sejo petitam, reſtituere condemnatus eſt; Cum Magiſtratui non obtemperaret, cum rem

non

non ſineret auferri vel abduci a Titio, in poenam condemnatus eſt quanti res eſſet, plectendae ſcilicet ejus contumaciae cauſa. Quaeritur ab Interpretibus, an poena dividi debeat inter actorem & fiſcum? Qua in quaeſtione Merillius variantem facit Cujacium, dum ait eum in poſteriore recitatione ad *d. l.unic.* §. *ult. D.ſi quis jus dicenti non obtemp.* dixiſſe, poenam irrogatam ei qui non obtemperavit Magiſtratui, partiendam eſſe inter fiſcum & actorem: In prima vero expoſitione ejuſdem tituli docuiſſe fiſco nihil ex ea poena dandum eſſe. Quod magis (inquit Merillius) probarem.

Ego vero Merilli, longe magis improbarem, cum ſit haec actio popularis, quod cum ſenſerit Cujacius in utraque expoſitione hujus tituli, vix eſt ut quiſquam ſibi perſuadeat in prima eum expoſitione docuiſſe partiendam non eſſe poenam, in ſecunda, partiendam. Et re vera ita eſt, in prima expoſitione, nihil eum de poenae partitione, ſed hoc tantum tradidiſſe, dari actionem ex hoc Edicto *ſi quis jus dicenti, &c.* adverſario in adverſarium: non eſſe dicendum dari fiſco, nec dari duas actiones unam fiſco, alteram adverſario. Scripſerat Accurſius fiſco dari actionem: non cenſuit Cujacius actiones eſſe multiplicandas; rectiſſime! nam ut in accuſationibus, ita & in actionibus popularibus electioni & Divinationi locus eſt. In ſecunda autem expoſitione partiendam eſſe poenam dixit inter actorem & fiſcum, quod ante non attigerat. Non ſunt haec contraria.

Dixi Cujacium in utraque hujuſce Tituli expoſitione cenſuiſſe popularem eſſe actionem ex hoc Edicto: quod aperte quidem tradidit in repetita Praelectione, in prima vero tacite tantum, ſcilicet dum perſtringit rationem cur hoc Edicto Procurator tenetur, ſi jus dicenti non obtemperavit: quia, inquit, laedit atque etiam contemnit auctoritatem Praetoris. Porro huic conſequens eſt, ut non temere dicatur poenam dividi inter actorem & fiſcum, hoc enim plerumque fit in popularibus actionibus, arg. *l. propenult. verſic. Palam. D. de SCto Silan.* Interdum ſane in publicum redigitur poena, licet actio popularis ſit, cum id lege nominatim cautum eſt ut in Lege Agraria C. Julii Caeſaris, *l.ult.in princip.D.de Termino moto.* Neque alia mens Cujacio fuit *lib.* 24. *Obſervat. cap.* 25. *in fin.* ubi & popularem eſſe hanc actionem diſerte ſcribit, licet enim ibi Vir admirandae eruditio-

nis addubitari poſſe dicat, *utrum partienda ſit poena inter actorem & fiſcum ut plerumque fit* (inquit) *in popularibus actionibus: an inter actorem & eum cujus intereſt? ut fieri oportere Plato cenſuit in actione ſuſpecti tutoris, quae etiam popularis eſt*. Nihil tamen contra ſe dixit, qui hóc uno dicto, *Popularem eſſe hanc actionem*, omnia viſus eſt comprehendere quae huic actioni accidere poſſunt. Platonis autem locus eſt, quem non indicat Cujacius, *lib.* 11. *de Legibus*.

Merito igitur Cujacius hanc in factum actionem popularem eſſe docet perinde atque actionem Albi corrupti, quae ſimiliter vindicat contemtam Magiſtratus poteſtatem, & quae eodem Edicto continuata ſerie conjuncta eſt, ac proinde nec poſt annum, nec in haeredem dari, juxta regulam actionum popularium, *l. ult. D. de Popularib. Act.* quae Ulpiani eſt lib. 1. ad Edictum, ex quo, & ſumta eſt *d. lex un. D. Si quis jus dicenti non obtemp.*

Merillius contra putat hanc actionem non eſſe popularem: utitur hac probatione. Adverſario, inquit, contra adverſarium datur, ergo non eſt popularis! Negatur conſequentia, nam actio de dejectis, & effuſis etiam adverſario cui nocitum eſt, in adverſarium datur, nec minus popularis eſt, *l.* 5. §. *haec autem actio* 5. *D. de his qui effud.* Nec ulla eſt popularis quae denegetur ei cujus intereſt, cum & ipſe praeferatur cuilibet alii, *l.* 3. *D. de Popularib. actionib.*

Ad id autem quod ſcribit Merillius non ita publice intereſſe, ſi non obtemperetur Magiſtratui, quomodo ſi album ejus corrumpatur, captionis evitandae cauſa ſimplicius dicendum, Popularem eſſe actionem quae ſuum jus Populi tuetur, *l.* 1. *D. de Popularib. Act.* Maxime autem per hanc poenalem actionem defendi jus Populi, utpote quae illaeſam Majeſtatem tuetur ejus qui Magiſter eſt Populi. Honorem qui gerit, publico munere fungitur, & ideo ejerare Magiſtratum ſine Populi conſenſu nemo poteſt, *l.* 2. §. *& cum placuiſſet* 24. *D. de Orig. jur.* Livius *lib.* 6. Magiſtratuum poſt Principem ſancta omnibus debet eſſe perſona, ut eſt in Conſtitutionibus Apoſtolicis *lib.* 7. *cap.* 17. vel ex ipſa inſcriptione περὶ τῆς πρὸς βασιλέα ϗ ἄρχοντας ὑποταγῆς, quo ſpectat *Canon.* 83. Canonum Apoſtolorum. Si Populi res & negotium, eſt ipſa Reipublicae adminiſtratio, ut Hadrianus dicebat, an non ad Populum pertinet Magiſtratuum ſuorum auctori-

ctoritatem defendere ? Haec conjunguntur , & unam pene rationem habent Senatus , Populus , Judicia Magiſtratus , ἐν τούτου δὲ καὶ βουλὴ καὶ δῆμος καὶ δικαστήρια καὶ ἀρχὴ πάντα τὴν ἐξουσίαν ἀπόλλυσι. Plutarcus in Opuſculo πολιτικὰ παραγγέλματα. Et qui Magiſtratum gerit, Rempub. in partibus ſibi commiſſis gubernare merito dicitur a Juſtiniano in *Prooemio Inſtit*. §. *ult*. Erga Magiſtratum contumelioſum eſſe quenquam Lex Moſaica non patiebatur *Exodi cap*. 22. *verſ*. 28. Θεοὺς οὐ κακολογήσεις, καὶ ἄρχοντας τοῦ λαοῦ σου οὐ κακῶς ἐρεῖς. Nec leges Romanae quoque. Jus dicenti non obtemperare contumelia quaedam eſt , quae ut ordinem, ita & leges & Populi jura ſtatumque Reipubl. conturbat . Quis hoc neſcit ? Publicum jus in Magiſtratibus verſari , & ad ſtatum rei Romanae pertinere ? *l*. 1. §. *bujus ſtudii* 2. *D. de Juſt. & jure*. Eapropter minime inficiandum eſt , actionem in factum ex Edicto , *Si quis jus dicenti non obtemperaverit* , aeque popularem eſſe , atque actionem de albo corrupto , & actionem in factum de iniquo jure in alterum ſtatuto .

## DISPUNCTIO VII.

An pactum ſit genus vel ſpecies conventionis .

CUjacius ſcribit in *Paratitlis Digeſtorum Tit. de Pactis* , pactum eſſe genus , tranſactionem vero ſpeciem . E contra in Commentario ad *l*. 1. *D. de Pactis* , pactum dixit eſſe ſpeciem . Probarem ( inquit Merillius ) magis pactum dici debere ſpeciem conventionis , quam genus .

Agamus ſerio , Merilli , id eſt , bona fide ! Monſtra ne fingamus , quae debellare videamur . An unquam negavit Cujacius pactum eſſe ſpeciem conventionis ? Sane nec in *Paratitlis* illo loco negavit : Sed cum ſciret non eſſe novum , ut quae ſpecies ſub certo genere eſt, poſſit & generis locum obtinere , ſi & ipſa ſpecies ſub ſe habeat quod vulgo docent ad *Iſagogen* Porphyrii *cap*. 1. & perſtringit ſubtiliter admodum Ariſtoteles in *lib*. 1. *Topic. cap*. 4. his verbis καὶ γὰρ τὴν διαφορὰν ὡς οὖσαν γενικὴν, ὁμοῦ τῷ γένει τακτέον, quibus declarat verbo generis , & differentiam , id eſt , ſpecies ſe complexum eſſe . Scripſit Vir philoſophiae non ignarus, juris & cujuſcumque diſciplinae ſcientiſſimus , pactum eſſe genus

ad pactum nudum, & tranſactionem illam quae pacto fit: neque vero negavit conventionem eſſe genus ad pactum & contractum, qua ſola negatione potuit eſſe ſibi contrarius. Adoptionem modo generis, modo ſpeciei locum obtinere novi Juſtinianci docere poſſunt. Theophilus §. 1. *de adopt.* εἰς δύο διαιρεῖται, εἰς ἀδρογατιόνα καὶ τὴν ὁμώνυμως ἀδοπτιόνα. Idem de cognatione, ſi ſupra vel ſimul cum agnatione ponatur. Idem Theophilus §. 1. *de legitima agnator. tut.* ἡ συγγένεια ὄνομά ἐστι γενικὸν &c. Cur ergo pactum, uno modo ſpecies non erit, altero genus? Licet haec autem adeo levia ſint & minimi momenti, ut revera plus ſit in oleo quam in ludo: Interea tamen admonendum, conventionis & pacti & pactionis promiſcuas eſſe appellationes, *l. 7. D. de pactis J. Solent 15. D. de Praeſcriptis verb.* Quid ſi Cujacius diceret (quod tamen ibi non dixit) pacta etiam dici poſſe de contractibus? quod liquet ex *l. Traditionibus 20. Cod. de pact.* Datio arrharum qui contractus eſt innominatus, nonne pactum dicitur? *l. 3. Cod. de act. emti.* Sed & ipſe Titulus *de Pactis*, nonne generalis eſt ad omnes conventionum ſpecies, de quibus ſub illo tractatur cum in Digeſtis, tum in Codice? ut Ulpianus ait in *l. 1. D. de reb. credit.* crediti appellationem eſſe generalem. Denique cum dicitur pactum non tantum ei qui illud fecit, ſed etiam ejus haeredibus prodeſſe, *l. 9. D. de probat.* An non illud generaliter dictum de omni conventione? Nunc ad alia.

Merillius ait, Tranſactio non eſt ſpecies pacti, ſed contractus innominati. Audi Ulpianum in *l. 2. D. de Tranſact. Tranſactum*, inquit, *accipere quis poteſt, non ſolum ſi Aquiliana ſtipulatio fuerit ſubjecta, ſed etſi pactum conventum fuerit factum.* 2. Juſtinianus ſeparat tranſactionem a contractibus, *l. contractus 17. Cod. de fide inſtrum.* 3. Si quaelibet tranſactio ſpecies eſt contractus innominati, ſequitur ex qualibet tranſactione actionem eſſe: Atquin hoc falſiſſimum eſſe docet *lex Cum proponas 21. Cod. de pactis. Cum proponas inter vos ſine ſcriptura placuiſſe, fratrum tuorum ſucceſſiones aequis ex partibus dividi, & tranſactionis cauſa probari poſſit hanc interceſſiſſe conventionem: exceptione te tueri potes, ſi poſſides. Quod ſi adverſarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem natam eſſe, ſi tibi ſtipulatione, non proſpexiſti, debes intelligere, &c.* Et vero, eadem conventio, aliquo adjecto vel aliquo detracto, contractus eſt vel non eſt, (ſi

ſci-

Digitized by Google

ſcilicet lege proditum nomen non habeat) ut ecce, dabo tibi veſtem, dabis mihi codicem: nihil niſi nuda conventio eſt. At ſi mutes ſpeciem & dicas, do tibi veſtem ut mihi codicem des, incipit eſſe contractus innominatus do ut des. Item ſi ſic convenerit, faciam ut facias! conſtat nudam eſſe pactionem. At ſi coeperit fieri ab alterutro contrahentium, tranſibit in contractum, *l.Naturalis 5. D.de praeſcriptis verb.* Ita ſi convenerit ut a lite diſcederetur, & viciſſim ut quid daretur vel fieret, nudum pactum eſt, mox autem ac alterutrum eorum factum eſt incipit eſſe contractus innominatus, ex quo praeſcriptis verbis actio datur. Et ita intelligenda eſt *lex Cum mota 6. Cod.de tranſact.*

Objicias, forte, hoc caſu non tam videri Tranſactionem eſſe, quam Tranſactionis ſpem. Sed reſpondeo, ut permutationis placitum tam bene dicitur, nulla re ſequuta, quam aliquo dato, *l.3. & l.ſeq. Cod. de rerum permut.* ita & tranſactio, quae ſaepe tranſactionis placitum appellatur & pactum conventum, ut in *d.l.cum mota 6.& l.7. & l.9.C.de Tranſact.* Reſpondeo 2. De lite pacto tranſigi etiam cum ſimpliciter convenit, ut in lite amplius non procedatur, quo caſu, ſi fides ab eo qui dare facere aliquid debebat, non praeſtatur, integra cauſa remanere dicitur, *leg.ſi inſtituta 17.D.de Inofficioſo teſtam.*

## DISPUNCTIO VIII.

### An pacta incontinenti appoſita contractibus ſtricti Juris, inſint etiam ex parte actoris?

Jam mihi liquet, tantae adverſus Cujacium excitandae turbae cauſam Merillio, non aliam fuiſſe, (probum enim ac innocentem eum puto) quam quod Cujacii mentem non fuerit aſſequutus. Ut aliis peraeque liqueat, efficiam *hac Diſpunctione* 8.

Multum laborem impendit Cujacius, ut planum ſenſum nobis faceret, *l.Lecta 40.D.de rebus cred.* Planeque fecit planiſſimum, ut mihi facile admodum ſit, ex tam uberi & facili interpretatione, theſin atque hypotheſin *d.legis* dare. Sed antequam hoc facio; Audiamus Merillium de Magiſtri noſtri variatione. Stephanus Graecus Interpres (inquit) ſcripſit pacta in contra-

ctibus

ctibus ſtricti juris incontinenti appoſita, ineſſe tantum ex parte rei, non ex parte actoris: Cujacius hanc ſententiam ſecutus eſt, *lib.*10.*Obſerv.cap.*24. Latini interpretes, & Accurſius aliter ſentiunt, ineſſe ex parte actoris & rei, eorumque ſententiam Cujacius ſecutus videtur, in prima expoſitione *d. leg.* 40. ubi ait pactum incontinenti adjectum ſtipulationi, ipſo jure ineſſe ſtipulationi, & ſtipulationem transformare confeſtim. Quod ſi verum eſt (ita ratiocinatur Merillius) inerit ex parte actoris: & hoc magis admitterem.

Auſculta Merilli! Quonam loci ſcripſit aut dixit Cujacius, pactum incontinenti adjectum ſtipulationi, ineſſe ex parte actoris? Sicubi hoc ſcripſit, vere variavit: ſin minus; vere variaſſe dici non poteſt. Quaeſtio enim in eo non eſt; An pacta illico adjecta, ſimpliciter ineſſe dicantur, ſed an inſint ad agendum, adeo ut ex tali pacto detur & formetur actio. Solet quae dicit & docet Cujacius illuſtrare ac demonſtrare: Profer quaeſo argumentum aut rationem ejus de ea re, aliquam! ſaltem ede aliquid, quo diſerte hoc eum voluiſſe appareat! Enimvero tantum abeſt ut hoc putaverit Cujacius in *d. l. Lecta* 40. quinimo totus eſt ibi in eo, ut oſtendat hoc eſſe non poſſe.

Et ſententia quidem *dictae legis* ea eſt, per pactum incontinenti adjectum, dilata in plures penſiones petitione ſortis (quae Calendis tota ſolvenda cum uſuris poenae nomine quoad tardius ſolveretur, in ſtipulatum deducta ſit) etiam uſurarum petitionem, in totidem dies dilatam intelligi, ut nedum exceptionis ope, ſed ipſo jure, interim tutus ſit debitor, & a die cujuſque morae tantum debeantur & creſcant uſurae.

Non erit ingratum & hypotheſin adfingere, quam (quoad ejus per me quidem fieri poterit) accuratam dabo ut ſit ex hac ſpecie, quae ad uſum pertinet, utilitas Judicibus & fori ſectatoribus non plane contemnenda. Ea vero ejuſmodi eſt, mutua mihi dediſti quindecim millia denariorum, quae ſtipulatus es a me tibi Calendis proximis reddi, ſi ea die non redderem, uſuras ejus ſummae quoad tardius eam ſolverem, centeſimas ſtipulatus es, ſpopondi ego, ſtatim poſt conſcriptam ſtipulationem, ad animum revocans, non poſſe me tam brevi tempore, tantae pecuniae ſolutionem expedire, malui jam nunc mutuum reddere vel potius non accipere, niſi longius tempus mihi indulgeres: placuit

igitur

igitur & inter nos convenit, uti ex tota illa ſumma, trecenos tantum denarios quot menſibus refunderem, atque ita pro menſe uno, quinquaginta mihi indulſiſti, quod videres me idoneum eſſe. Poſt elapſum totum illud tempus quo nihil feci, petis ſortem & uſuras: De ſorte non eſt controverſia; Tota quaeſtio eſt de uſuris. Intendis me tibi darc oportere 7500. denarios uſurarum nomine, pro toto tempore, id eſt, pro quatuor annis & duobus menſibus quibus ceſſavi, & ita pro ſingulis menſibus, petis 150. denarios quae centeſima eſt uſura, cum pars ſortis centeſima, quot menſibus ſolvitur, & centeſimo menſe, id eſt, 8. annis & 4. menſibus uſura ſortem aequat, (in quo falſus eſt Alciatus errore calculi, *lib.*3. *Diſput. cap.* 1. cum ſcripſit octo annis quae centum fuerant, fieri ducenta.) Ego vero longe minorem quantitatem offero: ſummam ſcilicet ter mille octingentorum viginti quinque denariorum, id eſt, pro primo menſe quo fui in mora, denarios tres: quae uſura eſt trecentorum denariorum; pro ſecundo menſe, denarios ſex: pro tertio, denarios novem; & ita de caeteris menſibus, augeſcentibus uſuris pro ratione adauctae ſortis (quae computatio an ſit exactior ea quam idem Alciatus dedit, *lib.*3. *Diſp.cap.*2. uſus demonſtrare poteſt.) Quaeſtionis eſt, an totius ſortis, ex die ſtipulationis, uſurae debeantur; An trecentorum tantum denariorum ex primo menſe, ex ſecundo menſe, ſexcentorum: & ita deinceps? Papinianus ſuggerente Paulo Aſſeſſore decidit, non totius ſortis, nec ex die ſtipulationis, ſed trecentorum tantum denariorum uſuras poſt moram primi menſis deberi, & ita creſcere uſuras per diverſorum tractuum moras. Ratio dubitandi erat, & ea ſane non levis, & quae multos hodie graviſſimos aſſertores in foro (ſi ſimilis incidat quaeſtio) etiamnum inveniat, quod uſurae totius ſortis, expreſſa ſtipulatione poſt primum menſem promiſſae ſint, quodque ea uſurarum ſtipulatio, innovata non ſit novo illo pacto, utpote quod de ſorte tantum fuit, non etiam de uſuris. At decidendi ratio fuit, quod renovata per factum illico adjectum, ſtipulatione ſortis, uſurarum etiam ſtipulatio transformata ac renovata cenſeri debeat, eo quod uſurarum ratio ita a ſorte pendeat, ut omnino eam ſequatur; adeoque ſorte diviſa in plures penſiones, diviſas quoque uſuras intelligi: huncque effectum eſſe pacti ex continenti adjecti circa ſortem ſtipulatione comprehenſam, ut

ipſo-

ipſo jure citra exceptionis auxilium tutus ſim a petitione integrae ſortis, ac conſequenter uſurarum.

Nunc quaero de Merillio, Eſt ne in tota hac quaeſtione atque hypotheſi, cauſa ulla queritandi, An ex pacto agatur? Certe non magis, quam in ſpecie *legis* 4. §. *ult. D. de Pactis*. Ubi Paulus conſultus de conventione adjecta ſtipulationi uſurarum, nec tamen ſcripta, ut donec uſurae ſolverentur, ſors non peteretur, reſpondit conditionem ineſſe ſtipulationi, aeque ac ſi hoc expreſſum fuiſſet: Quis dicat hic agi de actione? Cujacius dixit & veriſſime dixit, pacto illo in ſpecie *legis Lecta* 40. transformatam eſſe ſtipulationem, & pactum ineſſe ſtipulationi: Neque hoc tantum in prima expoſitione *d. legis Lecta* 40. ſed etiam in ſecunda. An dixit, ad agendum? vel ex parte actoris? Profecto non dixit: Audiamus illum, *Paulus*, inquit, *cujus ſententia obtinuit, dicebat rogatus ſententiam, pactum ſtipulationi ſubjectum incontinenti, de ſolvendis ex univerſa ſorte trecentis denariis menſibus ſingulis, ineſſe ſtipulationi, hoc eſt, hujus pacti exceptionem ſtipulationi ineſſe ipſo jure, etiam non oppoſitam nec allegatam*. Haec Cujacii verba de exceptione, non de actione ſunt. Idem Cujacius infra, *Ulpianus haerebat ſcripto, quia pactum de ſorte loquitur non de uſuris. Et pactum illud exiſtimabat tantum prodeſſe debitori ad exceptionem, ut eam opponeret: puta ut ſi finito primo menſe, ab eo tota ſors peteretur, repelleret actorem exceptione pacti, &c.* Et hic de agendo ex pacto, nihil: Non bene igitur; id eſt, non ex ſententia Cujacii, colligitur in ſpecie *dict. legis Lecta* 40. pactum ineſſe ex parte actoris.

Jam autem ad rem ipſam accedamus: Merillius, cum ſuam tueri vult opinionem, nititur *l. Petens* 27. *C. de Pactis*. Sed plus ſatis demonſtravit Cujacius, *illam l.* non probare pactum ſtipulationi adjectum valere ad agendum, ut inutilis non tantum futurus ſit meus labor, ſi quid ſuperaddam, (apud eum qui poſt neglectum magnum Cujacium, facile me flocci facturus ſit:) ſed etiam audacior exiſtimari periclitetur. Dicam tamen, & juratum non recuſabo Judicem Merillium, *l. Petens* 27. ad argumentum quaeſtionemque noſtram minime pertinere. Loquimur de pacto incontinenti adjecto ſtipulationi certae jam ac perfectae, adeoque cauſam habenti, ut pactum illud adjiciat aliquid ſtipulationi: verb. gr. ſi tibi interpoſita ſtipulatione fundum ex cauſa dona-

donationis promiſero, moxque citra novam ſtipulationem convenerit, ut quidpiam aliud darem cum fundo, vel ut evictionis nomine, tibi caverem; dicimus ex eo pacto actionem tibi non eſſe: At *l.Petens* 27. eſt de pacto ſive de conventione quae ſola conſtituit cauſam ſtipulationis, qua detracta, ſtipulatio nulla & ſine effectu futura ſit, utpote quae ſine cauſa vim nullam habere poteſt, *l.*2. §.*circa* 3.*D.de Doli mali & metus except.* unde praecedere ejuſmodi pactum, vel ſequi ſtipulationem, nihil intereſt, cum ſit ipſum cauſa ſtipulationis: exempli gr. ſi inituri conventionem aliquam, ejus obfirmandae cauſa ſtipulationem interponamus, ſive a ſtipulatione incipiamus, mox conventionem faciamus, ſive incipiamus a conventione, & ſtipulationem ſubjiciamus, omnino perinde eſt; cum ab ipſa ſtipulatione conventio diſtinguenda non ſit, utpote ejus pars & ut praedixi cauſa: Secundum quae, *d.l.Petens* 27.ait, *Petens ex ſtipulatione quae placiti ſervandi cauſa ſequuta eſt. ſeu anteceſſit pactum, ſeu poſt, ſtatim interpoſitum ſit, recte ſecundum ſe ferri ſententiam poſtulat.*

Et certe, tam belle dicere poſſumus ſtipulationem interpoſitam de quovis negotio qualibetve conventione, ſeu praecedat, ſeu ſequatur, unum eſſe contractum, quam numerationem ante vel poſt ſtipulationem factam, unum eſſe contractum dicimus, *l. ſi ita* 6. *D. de Novat.* Et inde, qui mutuum accepturus, ſpopondit creditori futuro; dicitur in poteſtate habere ne accipiendo ſe ei obſtringat, *l.qui pecuniam* 38.*D.de Reb. cred.*

Atque ex iis patet quam longe fuerit Merillius ab intellectu utriuſque legis, id eſt, *l.Petens* 27. & *l. Lecta* 40. & quam incurioſe adſcripſerit Cujacio quae non cogitavit, quae ſane haud levis culpa eſt. Columbus, vir quidem inter Medicos doctus, & qui *de Anatome* recte ſcripſit, male audit, quod Galeno adjunxerit trilatera eſſe occipitis oſſa, & dubiam in multis fidem ejus, una mala fides fecit. Incuriam licet objicere Merillio ut interim a doli ſuſpicione eximatur.

Poſcit Merillius rationem diverſitatis, cur magis in bonae fidei judiciis, quam in ſtrictis, pacta incontinenti facta valeant ad agendum? Utinam extarent Rationum ac differentiarum libri Modeſtini: ſitim illam forte reſtinxiſſent cum hodie Merillio, tum nuper Matthaeo Magno, qui *libro* 1. *Rationum & differentiarum Juris Civilis*, id ipſum quod hic Merillius, quaerit! *Ne-*

f *que*

*que ſane*, inquit, *rationem ullam video, cur in ſtrictis judiciis, inſit pactum ex una parte, non inſit ex altera*. Quaſi vero omnia judicia paria facere debeamus, ut Stoici peccata; contra omnem ſenſum generis humani, inquit D. Auguſtinus *Epiſt.*29.

Ratio differentiae proculdubio petenda eſt ex natura utrorumque judiciorum, quam diverſam eſſe, diverſae denominationes indicant. In utriſque ideo pactum excontinenti adjectum ineſſe dicitur, quod continuata agendi & tractandi ſeries & ratio, eo rem perducat, ut videatur idem actus eſſe, licet cum diverſo effectu. Nam in bonae fidei judiciis adjectum pactum, cum ſit ejuſdem naturae ac ut ita dicam ejuſdem ſcaevae, facile coit cum eo contractu qui bonae fidei eſt, ut ex eo perinde agatur, atque ex contractu ipſo cui immixtum eſt: pacta nuda aeſtimantur ex ſola aequitate naturali, quae fidei inter homines ſervandae norma eſt: Bonae fidei contractuum eadem eſt regula, eademque natura: *cognatis maculis ſimilis fera*. Juven.*Satyr.*15.*v.*160. Sed contractuum eſt vis major quam pactorum nudorum, quia nomine certo & legitimo, vel cauſa ſuſtinentur, unde jure civili actio ex contractibus datur, ex pactis nudis, non item: niſi protinus adjecta ſint bonae fidei contractibus, *l.*7.§.*quinimo* 5.*D.de Pactis.* Placet rem deducamus ad phyſicam comparationem? Quae cauſa, ut ſata proveniant? Ut inſita coaleſcant? Nempe reſponſus mutuus recipientis & ſubminiſtrantis taleae, ſeu haurientis ſurculi & ſuppeditantis arboris; Immiſſio ſurculi in ramum interciſum ἐμφυτεία, vel inoculatio ἐνοφταλμισμὸς ex duabus rem unam facit, ſed ſimilibus, ejuſdem ſcilicet naturae, nam (in inſitione praeſertim) una natura eſt alentis & alimoniam ſuſcipientis τὸ βλαςάνον καὶ τὸ γενῶν. Caeſar Scaliger *apud Theophraſtum, fol.*21.*col.*1.& *fol.*282. *col.*2. Hoc etiam in Metaphyſicis & Theologicis apparet, in quibus ſpiritualia cum ſpiritualibus aptiſſime conjunguntur, D.Bern.*ſerm.*1.*in feſtiv.omnium ſanctorum*. *Quid ergo? Nonne & his qui convertuntur ad cor, cordis deliciae ſunt quaerendae, & ſpiritualibus ſpiritualia comparanda? Dignum eſt enim ut prius anima ſatietur. Et quae animarum ſunt, animae plus acceptent quippe naturali quadam eis cognatione conjunctae*. Ex quo pactum adjectum eſt bonae fidei contractui, unum quidpiam fit; ideoque ex pacto datur actio contractus ipſius cui ineſt, pactum format actionem. Si fundum vendidi & pactus ſim

ut

ut eum certa mercede conductum haberem, ex vendito recte agam ſi non fiat id quod convenit, *l. qui fundum* 75. *D. de Contrahend. emt.* Pactum adjectum contractui ſtricti juris, non aeque ei adhereſcit & congruit, ineſt quidem, ut ipſo jure tutus ſit is cujus gratia adpoſitum eſt; At non ut ex eo formetur actio. Stricta eſt natura ſtipulationis, ideoque pactis quae ex bona fide valent, vim ſuam minime accommodat, nihil eis praeſtat ſtipulatio: ſuo marte valent ut exceptionem pariant, quam & parerent ſeorſim facta, ſed incontinenti facta, creduntur ineſſe ut ipſo jure proſint reo, ut non habeat, neceſſe exceptionem allegare: qua quidem de re dubitatum erat, quibuſdam putantibus, nihil amplius valere pacta e veſtigio ſtrictis judiciis adjecta, quam ſi ex intervallo facta eſſent, id eſt ad excipiendum tantum, non vero tollere actionem: qua in ſententia Julianus aliquando vel etiam ipſe Paulus fuiſſe videtur, *l.* 3. *D. de Reſcind. vend.* (ſi modo vera eſt ejus legis inſcriptio) qui tamen in diſceptatione hypotheſis, *d. l. Lecta* 40. ſatis aeſtuat & exultat adverſus alium aſſeſſorem (ſive Ulpianus ille ſit, quod vix credam, ſive quis alius) qui contrariam opinionem tuebatur. Sed Papinianus judicavit in Auditorio ſuo, tale pactum ipſo jure ineſſe ex parte rei, quod eſt, impedimento eſſe creditori ne jure ageret.

Verum adverſus rem a Papiniano judicatam, objici poſſit Imperatoris effatum, in §. 3. *Inſtit. de verb. oblig.* ubi ſi in ſtipulatione *decem dari*, adjectum ſit pactum, *quoad vivam*, procedere haeredi actio dicitur, ita tamen ut exceptione pacti ſubmoveatur. Juſtinianus *Et pure*, inquit, *facta obligatio intelligitur & perpetuatur, quia ad tempus non poteſt deberi: Sed haeres petendo, pacti exceptione ſubmovebitur*. Tantumdem habet Paulus in *leg. obligationum fere* 44. §. 1. *D. de Oblig. & act.* ubi de ſtipulatione illa agit, uſque ad Calendas dare ſpondes: *Plane*, inquit, *poſt tempus, ſtipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione ſummoveri poterit*. Ergo (dicat quis) actio non impeditur, nec ipſo jure tutus eſt. Profecto nihil promoveas ſi dicas, his locis non proponi pactum ex continenti adjectum, ſed tacitum pactum vel contractus legem: Nam tacitum quodlibet pactum ut & lex contractus non minus ineſt, quam pactum ſubinde conventum. Paulo melius dixeris Juſtinianum & Paulum cum dicunt, exceptione ſummoveri poſſe creditorem agentem, ſeſe referre ad id quod

fieri poteſt . caeterum non negare quod juris eſt , ſcilicet reum promittendi ipſo jure tutum eſſe: at optime omnium ſatisfacias ſi dicas his caſibus aliiſque ſimilibus exceptionem neceſſariam eſſe , ne ſi poſt tempus actionem deſinere reſpondeamus , ad tempus conſtitui obligationem dicamus , quod jus non patiatur : & ita Papinianus , *Servitutes* , inquit , *ipſo quidem jure neque ex tempore neque ad tempus conſtitui poſſunt ,ſed tamen ſi haec adjiciantur , per doli exceptionem occurretur* , *l.* 4. *D. de Servit.* quos omnes caſus complexus eſt Julianus *l.eum qui* 56. §.4. *D.de Verb. oblig.*

Haec utique ſufficerent ad illuſtrationem *leg.Lecta* 40.adeoque ad elevandam Merillii fidem , qui Cujacium noſtrum in partes trahere voluit , niſi & caetera expedire utile eſſet , id eſt , demonſtrare ſtrictis contractibus adjecta pacta ad agendum non valere .

Id autem in primis probat , *l.* 3. *& l. pignoribus* 22. *Cod. de Uſuris* . Credidi tibi centum , convenitque inter nos nudo pacto citra ſtipulationem , ut ejus ſummae uſuras penderes : An potero eas petere ? Imperatores reſcribunt ; ſi ſolutae fuerint , eas quidem retineri , rebus autem integris omnino peti non poſſe . Pactum ad retentionem proficere , non vero ad petitionem : Hoc argumentum , cui veteres non potuerunt occurrere niſi objecto uſurarum odio , ( quod riſu dignum eſt , ) nonne mirum eſt magna illa capita Contii , Magni , & Merillii , conniventibus oculis praetermiſiſſe ? maxime vero Merillium , qui ſingularem hac de re obſervationem dedit , *lib.*3.*cap.*24.

Probatur & *l.Rogaſti* 11. *D.de Rebus creditis* . Si tibi dedero decem ſic , id eſt , ea lege , ut undecim debeas , ait lex , *non amplius quam decem condici poterunt* . Cur ita ? cum convenerit ut amplius deberetur : Audio Merillium dicentem, *non quia pactum non inſit ex parte actoris , ſed quia mutuum re contrahitur , & pacto contrahi non poteſt ultra quam datum eſt* : Paulo melius Juriſconſultus in *l.*17. *D.de Pactis*.. *Non naſcitur obligatio ultra decem , re enim non poteſt obligatio contrahi niſi quatenus datum ſit* . Hoc probo *re non poſſe contrahi obligationem ultra quam datum ſit* . Illud improbo , *non quia pactum non inſit ex parte actoris* : quid enim ? Ergo inerit, & non inerit , ( ut praeſtigiatores de ſacculo ludentes inducunt & ſubducunt : ) ſi ineſt ex parte acto-

actoris, cur non agit actor ex eo pacto? Satius eſt igitur ut dicamus ita, non agit actor ex eo pacto, quia tale pactum non ineſt: non ineſt vero, quia ſtricta contractus natura, quae in certa numeratione & datione conſiſtit, nihil habet commune cum placito nudo, ut & ſtipulatio, cujus aeque certa eſt & reſtricta natura (utpote quae certa ſolemnique formula conſtringitur) vim ſuam non accommodat pactis ad eam factis, ut ex iis formetur actio ex ſtipulatu. Ex quibus ſequitur pacta nuda nunquam ex parte actoris ſtrictis ineſſe contractibus.

Non eſt cautior Merillii reſponſio ad *l.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de Pactis*. quo loci Ulpianus haut diſſimulanter notat diſcrimen inter pacta utriſque judiciis excontinenti adjecta cum ait nudam pactionem formare actionem *in bonae fidei judiciis*, & repetit, *ſolemus enim dicere pacta conventa ineſſe bonae fidei judiciis*. Quis non percipit ex ea forma loquendi cum ibi tum alibi, aliud obtinere in ſtrictis? Quorſum enim haec adjectio? haec inculcata toties repetitio, & affectata ut ita dicam expreſſio? *format ipſam actionem in bonae fidei judiciis*, deinde, *ſolemus enim dicere pacta conventa ineſſe bonae fidei judiciis*. & infra, *quod & in omnibus bonae fidei judiciis erit dicendum*. Et iterum in §. 6. *Adeo autem in bonae fidei judiciis exceptiones poſtea factae, quae ex eodem ſunt contractu, inſunt, ut conſtet in emtione caeteriſque bonae fidei judiciis, re nondum ſecuta, poſſe abiri ab emtione: quod cum eſt, etiam ex parte agentis pactio locum habet*. Et in *l.*3.*D.de Reſcind. vendit.* Quia bonae fidei judicio exceptiones pacti inſunt. Adde *l.in bonae fidei* 13.*Cod.de Pactis*. Denique & adde Papinianum in *l.Lucius Titius* 24. *D.Depoſiti*. Merillius tamen *legem illam* 7. §. *quinimo* 5. non vult innuere differentiam contractuum bonae fidei & ſtricti juris ad hoc, ut in his pacta non valeant ad agendum, in illis, valeant? ſed tantum *denotare differentiam* circa pacta ex intervallo: quae ineſſe, inquit, poſſunt contractibus ſtricti juris, aut ex parte actoris, aut ex parte rei. Incauta plane reſponſio! quae ſubruitur non tantum frequentiſſima illa mentione ac repetitione judiciorum bonae fidei, quae (ut perſpicuum eſt) facta eſt ad comparationem ſive excluſionem ſtrictorum contractuum, ſed etiam apertiſſima ſtructura orationis Ulpiani, qui nihil aliud intendit quam ut oſtendat interdum evenire ut pacta nuda pariant actionem contra regulam a ſe propoſitam, cui regulae ſubnectit

exce-

exceptionem de pactis incontinenti adjectis judiciis bonae fidei, nec ullum profert exemplum de ſtrictis contractibus.

## DISPUNCTIO IX.

### An Procurator ex re domini ſibi ſtipulando, domino acquirat actionem?

SI velimus undequaque delibare commentationes, & lucubrationes, aut Cujacii aut alterius cujuſvis, vel hoc uno de noſtro addito, *magis hoc probarem*: minimo molimine magnum ſtatim volumen conflabimus; ſatis erit referre, ridebit Juvenalis, *tantum immolat*, *ulterius nil. Satyr.* 15. *v.*118. Hoc ideo dico, quod bellum *hocce capite* 9. Cujacio noſtro oblatum, ut & aliis pleriſque fere omnibus operis Merilliani capitibus, ingratiſſimum ſit & minime bellum: apparatus enim totus Cujacii eſt. Quid igitur hoſtis habet, praeter oſtentationem? De actione per Procuratorem quaeſita domino, quid dici tractarive poteſt, quod dictum non ſit & pertractatum a Praeſtantiſſimo Cujacio? At variavit forte in tam multiplici de hoc argumento tractatione. Hoc nobis diſpungendum incumbit, & juſtius aliquanto bellum Merillio indicendum.

Lex ita habet: *Quod procurator ex re domini mandato non refragante ſtipulatur invito procuratore dominus petere poteſt*, ita vulgo legitur in *l.* 68. *D. de Procur.* ita quoque in Pandectis Florentinis, At Baſilica negationem habent; *Dominus petere non poteſt*. οὐδαμῶς ἄγειν δύναται δεσπότης. Expendamus omnia.

*Ex re Domini*, eſt ex pecunia domini, veluti ſi rem puta fundum aut mancipia procurator emat ex pecunia non ſua ſed domini, ut *l.* 1. *Cod. ſi quis alteri vel ſibi*, vel ſi ex pecunia domini quam procurator credidit, uſuras ſtipuletur, vel fructus aut penſionem ex fundo ejuſdem domini. *Mandato non refragante*, id eſt, juxta mandatum, ita ut procurator mandati fines non excedat, eo quod aliud quid facere videatur qui mandati fines non ſervat, *l. diligenter* 5. *D. mand.* *Invito Procuratore*, id eſt, etiamſi procurator nolit cedere actiones ſuas.

Multum autem intereſt an procurator ſibi, an domino ſtipuletur. Et quidem ſi praeſente domino ſtipulationem interponit,

nit, utilem actionem domino competere Ulpianus ait. *Si procuratori praeſentis fuerit cautum, ex ſtipulatu actionem utilem competere nemo ambigit*. Haec verba, ſignanter poſita ſunt, *procuratori cautum:* ut intelligamus procuratorem ſuo nomine, vel certe ἀπροσώπως ſtipulatum eſſe. Et vero ſi domino procurator ſtipuletur, inutilis eſt ſtipulatio, §. *ſi quis alii* 4. *Inſtit. de inutilibus ſtip. l.* 38. §. *alteri* 17. *D. de Verb. Oblig. l ſi ita ſtipulatus fuero* 126. §. *Chryſogonus* 2. *D. de Verb. Oblig.* Inutilis inquam, ut nec ipſe agere poſſit ex ea, quia noluit actionem ſibi quaerere, nec dominus, quia non potuit domino, *l. multum intereſt* 6. *Cod. ſi quis alteri vel ſibi*. Sibi autem ſtipulando, directam actionem acquirit, licet ex pecunia domini ſtipulatus ſit, *d. l.* 1. *& d. l. multum* 6. *cum* 2. *ſeqq.* Denique ſtipulari neque emere quis poteſt, ut alter ſuo nomine recte agat, ut Paulus ait *l. quaecumque* 11. *D. de Oblig. & Act.*

His ita conſtitutis finge, Mandavi Titio ut mihi fundum Tuſculanum emeret centum, Titius ſequutus mandatum meum fundum illum tanti emit. Exortis poſtmodum inter nos inimicitiis, Titius neque fundum petere, neque mihi quas habet directas adverſus venditorem actiones, vult cedere. Quaeritur an invito eo, fundum petere poſſim, utili ſcilicet actione, hoc eſt, an Magiſtratus in hoc amittendae rei diſcrimine ſubvenire mihi debeat, atque utilem decernere actionem adverſus venditorem, ad quem pecunia mea pervenit. Reſpondit Papinianus, fundum me poſſe petere. Movebat quod per liberam perſonam quae juri noſtro ſubjecta non ſit cujuſmodi eſt procurator, actio nobis acquiri non poteſt, *d. l.* 126. §. *Chryſogonus* 2. & quod nominatim Papinianus ſcribat evictionis actionem domino non dari invito procuratore, ideoque cogendum procuratorem cedere actiones ſuas, *l. Poſſeſſio* 47. §. *ultimo. D. de Acquirenda poſſ.* ut & Paulus in ſpecie mutuae pecuniae & in ſtipulatum deductae a liberto nomine patroni, ait *cogendum eum actiones cedere*, *d.* §. *Chryſogonus* 2. Deciſionis autem ratio eſt quod licet actio directa per procuratorem nobis non acquiratur, ideoque ſecundum ordinem juris ad ceſſionem actionis regulariter veniendum ſit, cauſa tamen cognita, id eſt, exigente utilitate, utilis actio domino non ſit deneganda. Itaque ſi procurator meus judicatum ſolvi ſatis acceperit, aut condemnaverit debitorem meum, ex ſti-

pu-

pulatu vel judicati recte agam, imo & praeferendus ſum procuratori meo, *l.ſi procurator* 28. *D.hoc tit. de proc.*Et hoc certum eſt nedum in iis quae ad judicia pertinent, vel Praetoriis ſtipulationibus, ut adſentiunt omnes ex *l.5. D. de Praetoriis ſtipulat:* ſed etiam in aliis cauſis, adeoque in ſpecie quam ſupra poſuimus, quae tractata eſt ab eodem Papiniano, eodem lib. 3. Reſponſorum *l.Julianus* 13. §.*ſi procurator* 25. *D. de Act. Emti.* ubi Ulpianus ita habet, *Si procurator vendiderit, & caverit emtori, quaeritur an domino, vel adverſus dominum, actio dari debeat? Et Papinianus lib. 3. Reſponſorum putat, cum domino ex emto agi poſſe utili actione, ad exemplum inſtitoriae actionis, ſi modo rem vendendam mandavit: Ergo & per contrarium dicendum eſt, utilem ex emto actionem domino competere*. Itaque quod Paulus ait in *l. 72. D. de procurat. Per procuratorem non ſemper nos acquirere actionem*, proculdubio dat intelligere, aliquando nos acquirere. Nimirum acquirimus, ſi praeſentibus nobis ex re noſtra procurator noſter ſtipulatur ſibi aut etiam imperſonaliter: itemque acquirimus ſi abſentibus nobis procurator nomine ſuo ſtipulatus eſt juxta mandatum noſtrum, nec poſtea velit aut non poſſit actionibus cedere.

Non poſui in ſupra dicta ſpecie, procuratorem praeſente domino ſtipulatum eſſe quod Merillius ponit, metu (ut opinor) *dictae legis Poſſeſſio* 49. §. *ult. D. de Acq. vel amitt. poſſeſſ.* Hoc enim citra dubitationem eſt procuratorem qui praeſente domino ex re ejus ſtipulatur, utilem ei acquirere actionem, *d. l.ſi procuratori praeſentis* 79. *D. de Verb. Oblig.* Sed etiam cavi ne ponerem quod ponit Merillius, procuratorem non ſibi, ſed domino ſtipulatum eſſe, quod non patiuntur elementa juris, *d.* §. 4. *Inſt. de inutilib.ſtip.* Nec me Cujacius aut Merillius ad ſe convertent & Bartolus multo minus. Nam & ſi video ſaepius abſenti praeſentem promittere vel ſtipulari fruſtra, *d.* §. *Chryſogonus* 2. & *l.* 3. *C. de inutilib.ſtipul.* non tamen video diſerte ſcriptum, praeſenti utiliter ſtipulatum: non ſane in *d. l.* 79. *D. de Verbor. Oblig.* ut ſupra monui, neque in *l.ſi dictum* 56. §. 4. *D. de evict.* quae hoc tantum docet, denunciationem evictionis factam procuratori praeſentis venditoris, haberi ac ſi ipſi venditori facta eſſet: quid enim hoc ad ſtipulationem quae ſui natura mutua ſive reciproca verba reorum deſiderat? *l.* 1. *in pr. D. de Verb. Oblig.*

Et

Et in hoc tantum diverſus ſum a Merillio : non etiam in eo quod improbat Graecorum lectionem, quam ſatis ipſe ſupra refutaſſe videor in aſſerenda lectione vulgari, aut ſaltem oſtendi non eſſe neceſſariam. Quod autem attinet ad variationem, quam hic affingit Merillius magno Magiſtro: dubius ſum an certum crimen ei objecerit: cum in prima actione in qua locos Cujacianos profert, videatur velle ſibi obloquutum Cujacium, quod, *ad Papinianum*, id eſt, ad *l.* 68. *D. de proc.* dixerit procuratorem in ſpecie ejuſdem legis, ſibi ſtipulatum eſſe : Ad titulum vero *de verborum oblig. in l.* 79. non ſibi, ſed domino ſtipulatum eſſe. Et verum quidem eſt Cujacium, primo illo loco dicere, Papinianum loqui de procuratore qui ſibi ſtipulatus eſt. *Apparet*, inquit, *loqui Papinianum de procuratore qui ſibi ſtipulatus eſt, &c.* Deinde, *atque ideo non loqui Papinianum de procuratore qui domino ſtipulatur*: Et poſtea, *Tota quaeſtio eſt de procuratore, non qui domino ſtipulatur, ſed qui ſibi ſtipulatur*. At non eſt verum, aliud quicquam, id eſt, contrarium, altero loco dixiſſe. Ecce integrum illum, prout & ab Anteceſſore Merillio exhibetur, *Per liberam Perſonam*, verba ſunt Cujacii, *nonnunquam utiles actiones parantur nobis, ſi quid ſibi procurator praeſentis ſtipuletur: quod ita intelligendum eſt ſi ex re, & ex negotio domini ſtipuletur, Alioquin ſi quid extra rem domini ſibi ſtipuletur, domino praeſente, nullam ei parabit actionem: nec etiam res procuratoris quidquam habet commune cum re domini: & ob id recte mihi videtur a quibuſdam accepta de procuratore praeſentis l. quod procurator* 68. *D. de Procurat.* In quibus verbis non reperio procuratorem ſtipulatum eſſe domino, quinimo ſemel atque iterum ſcriptum eſt ſibi ſtipulatum eſſe. Ergo in hac actione, nulla adverſus Reum probatio. Altera actio eſt in contextu Merilliano, cujus haec eſt ſumma. Graeci (inquit Merillius) legunt inſerta negatione, dominum petere non poſſe, niſi procurator actiones ei mandaverit: Graecorum ſententiam refert Cujacius *Libro* 3. *reſponſ. Papiniani*, eamque multis rationibus tuetur. Latini interpretes aliter hanc *l.* 68. intelligunt de procuratore qui ex mandato & ex re domini ipſi domino praeſenti dari ſtipulatur, & dicunt dominum invito procuratore, id eſt, etſi actiones non ceſſerit, agere poſſe, eo quod cum praeſens dominus fuerit, ei utilis actio ex ſtipulatione procuratoris acquiratur: nec enim ſuf-

ſicit procuratorem ex re domini ſtipulari ut ei acquirat ; ſed & praeſentem dominum eſſe neceſſe eſt. Latinorum ſententiam probat Cujacius ad *l.* 79. *D. de Verb. Oblig.* quam & magis probarem. An vult Merillius hac ratiocinatione, Grecos ſecutum Cujacium adjecta negatione in *d. l.* 68. *D. de proc.* alias, Latinos detracta eadem negatione ? Hoc ſi intendit Merillius, non ſibi conſtat ! aliud enim in fronte, aliud in receſſu habet. Nimirum variationem ſemel edicit uno caſu, mox explicat alio. Sed nec explicat ſatis, dum minus probat : verius enim eſt utrobique locorum Cujacium, actionem utilem domino ex procuratoris ſtipulatione non denegare, licet ad Papinianum connitatur docere elegantiſſimam eſſe Grecorum interpretationem, ſecundum quam, poſſit dicta *lex* 68. pro regula accipi, quae tamen multas admittat exceptiones: quod & ipſum dici poſſe quis bonus inficias eat?

## DISPUNCTIO X.

An Pater in cauſa filii jus dicere poſſit, vel contra.

NEmo neſcit tam filium emancipatum, quam filiumfamilias litem habere poſſe : Tam enim ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias actio competere dicitur ; *l. tam ex contractibus* 57. *D. de jud.* Et licet regulariter, actionem nullam ſuo nomine filiusfamilias habeat, fallit tamen regula in pleriſque, ut in actione injuriarum, quod vi aut clam, depoſiti, & commodati ; *l.* 9. *D. de Oblig. & Act.* & *l.* 10. *D. eod. tit.* docet in factum actiones filiumfamilias exercere poſſe. Itaque cum quaeritur, an Pater, filiuſve in alterutrius cauſa jus dicere poſſint ! ad filium etiam familias quaeſtionem pertinere ſciendum eſt.

Aſſumendum eſt quoque, aliud judicare, *l. unic. Cod. Ne quis in ſua cauſa judicet vel jus dicat*. Nam ut aliud Magiſtratus, aliud judex, ita jus dicere ad Magiſtratum ſolum pertinet : judicare, ad utrumque. De judice, non ambigitur, de Magiſtratu probat verſus ille *legis* XII. *Tab. Qui judicet judicarive jubeat, Praetor eſto*. Ergo cum quaeritur an pater in cauſa filii jus dicere poſſit vel contra ! non tantum hoc quaeritur, an officio judicis fungi poſſit ? ſed & illud, an juriſdictionem & imperium exercere poſſit.

Cu-

Cujacius perpetuo docuit non tantum judicare, ſed etiam jus dicere poſſe patrem in cauſa filii, & filium quoque in cauſa patris. Et ita accipiendam eſſe cenſuit *legem* 77. *D. de jud.* in qua Africanus ait. *In privatis negotiis Patrem filium, vel filium Patrem, judicem habere poſſe*: Hancque ſententiam confirmari dixit *l. Ille a quo* 13. *in fin. D. ad SCtum Treb.* Objectioni vero quae ducitur ex *l.* 10. *D. de juriſdict.* quae ait: *Eum qui jurisdictioni praeeſt, neque ſibi, neque uxori, neque liberis, jus dicere debere*: ſatis occurrere putavit veriſſima hac diſtinctione, aliud eſſe, Non debere; aliud, Non poſſe; Poſſe igitur dixit, verumtamen non debere.

At Merillius ut Cujacium variantem quaque ratione faciat, obtrudit hic ut & ſaepe alias, neſcio quas notas Cujacianas, & inane μορμολύκειον. Minimè Cujacium novit qui tales ei notas adſcribit, quarum pleraſque pro quiſquiliis habeas ὧν συρφετὸν ἄν τις ἡγήσαιτο τοὺς πλείστους. Paraverat quaſdam ſuperſtes Cujacius, ſed deficiente Principe viro qui animos ei faceret ad rem tantam perficiendam ac promovendam, imperfectas eas reliquit quas ex adverſariis ejus, vir quidam diligentiae nonnullae, ſed non ita felicis ingenii erutas, & ſua arte interpolatas, plurimas ex ſuo jecore confectas, Cujacii nomine donatas ſubjecit Accurſianis gloſſis, quo illuſtrius prodiret novum Juris Corpus; & Lugdunenſibus Bibliopolis fructuoſius. Quod igitur attinet ad notam quaſi ex Cujacio adjectam in *d. l.* 77. *D. de jud.* Hiſce verbis *Pater filio judicare poteſt, at jus dicere non poteſt*. Sit ſatis dicere Cujacium, eam non ſapere nec verbo, nec re, qui ubique, & ſemper hoc in argumento uſus eſt diſtinctione illa; Poſſe, ſed non debere: quae plane una ac certiſſima eſt ratio componendi diſſidii, quod in hac quaeſtione inter juris auctores fuiſſe conſtat ex Cajo *l.* 6. *D. de receptis*, dum ait. *Quin etiam de re patris dicitur filiumfamilias arbitrum eſſe, nam & judicem eſſe poſſe pleriſque placet.*

Verum qua ratione Merillius improbet eam diſtinctionem, & quid praeterea novi adferat, videamus. Quod ſubjicitur, inquit, judicis poteſtati ut poſſit facere, non ſubjicitur neceſſitati ut facere debeat: ſed quod ſubjicitur neceſſitati ut facere non debeat, id facere non poteſt. Sit illud verum, Merilli, quod ſubjicitur neceſſitati, id fieri non poſſe: ſed an aliquid ſubjiciatur

neceſſitati ? hoc ipſum diſpiciendum , quia controverſum . *Quod judex non debet facere nec etiam facere poteſt* . Hoc eſt Merilli quod negatur . Enim vero tametſi quidquid non licet neque oporteat fieri , licet tamen aliquando id quod non oportet , facere . Hoc luculenter oſtendit Cicero *orat.pro Cornelio Balbo* . Accuſator Balbi , factum Pompei Magni criminabatur , quod Balbum donaſſet civitate , oriundum ex agro Gaditano , cujus populus , ſive liber , ſive foedere, ſive amicitia conjunctus eſſet cum populo Romano , non tamen fundus factus erat populi Rom. Cicero huic criminationi occurrit , & ait omnem ejuſmodi reprehenſionem a Judicibus repudiandam eſſe , ſi aliquid quod non contra ac liceret , factum diceretur : quamvis contra atque oporteret . Itaque veriſſimum eſt non debere patrem in cauſa filii jus dicere , nec filium in cauſa patris , poſſe tamen : Honeſtius fecerit ſi abſtinuerit , ſi tamen fecerit , non dicemus non potuiſſe & nullum judicium fuiſſe .

Placetne augeam dubitationem , quo certiorem faciam definitionem ? Scilicet objiciat quiſpiam , hoc eſſe mali exempli , tam conjunctas invicem ſibi jus dicere perſonas, cum tamen cautum ſit , iniqui exempli judicia habere nihil debere , *l. obſervandum* 47.*D.de Jud.* Sine ſuſpicione lites procedere deberé , *leg.*16. *Cod.eod.tit.* Quin quod Lege Cornelia de injuriis nominatim continebatur . Ne in cauſis ſobrinorum ſobrini , vel affinium affines, judicarent , *l.*5. *D.ad l.Cornel.* Sed facile eſt hoc diluere , ſi dicamus litigatores , non cogi invitos ferre patrem vel filium judicem in lite ; quam alteruter eorum habeat . Nam ut potuit refutari judex datus hoc dicto, Ejero iniquus eſt , ut eſt apud Aſconium Paedianum , Hunc nolo , timidus eſt , apud Plin. *in Panegyrico* : Ita & in extraordinariis judiciis ex cauſa recuſari potuit Magiſtratus judicaturus , ut vel Collegam συνδικαστὴν acciperet , ut obſervat Cujacius *lib.*9.*Obſerv.cap.*23. Quod ſi non judicaret, ſed judicem daret , non fuit cur recuſaretur . Nec mihi objicias futurum forte ut pater Magiſtratus , actionem in filium deneget, vel in concipienda formula , filio parcat , eumque ſublevet , adverſarioque ita noceat , judice dato non valente nimirum formulam excedere : Haec enim omnia Magiſtratus omnis in cauſis omnium facere poteſt , itaque haec erit ratio vindicandae ac reparandae in omnibus injuriae , ut appelletur major Magiſtratus,

aut

aut ſane extra ordinem Princeps adeatur. Caeterum ſi conſentiant litigatores, volentibus injuria nulla fieri intelligitur, *leg.* 9. *D. de Aqua*. Nam & Ulpianus, *Si ſe ſubjiciant*, inquit, *aliqui jurisdictioni, & conſentiant* inter conſentientes *cujuſvis judicis qui tribunali praeeſt vel aliam juriſdictionem habet*, *eſt jurisdictio*, *l.* 1. *D. de Jud.*

Jam, Quid Merillius reſpondeat ad *l. ille a quo* 13. *D. ad SCtum Treb.* (ex qua apparet filium in cauſa patris jus dicere, dum cogit eum adire & reſtituere hereditatem) diſpungendum eſt. Aliud, inquit, eſt jus dicere alicui, aliud, in aliquem, in *d. l.* 13. non patri, ſed in patrem jus dicit filius. Quis hanc diſtinctionem admittat? Quis ferat hanc judiciorum infirmitatem atque inaequalitatem, ut Magiſtratus damnare, non etiam abſolvere poſſit? *l.* 3. *D. de Re jud.* Cum aditur filius vel pater Magiſtratus, ſciuntne litigatores, quis futurus ſit judicii exitus? Neſciunt plane: committunt ſe periculo, & ut ita dicam aleae. Sunt enim ambigua fata cauſarum, *l.* 14. *Cod. de Advocatis diverſ. judicior.* Eſt fortunae judicium, *l.* 13. *D. de Statu hominum*. Et tam actor damnari poteſt quam reus, *l. un.* §. *non ſolum* 3. *D. ſi quis jus dicenti non obtemp.* Ergo Magiſtratui arbitrium ſtatuendi adimemus ſi dicamus, quod vult Merillius, poſſe filium contra patrem jus dicere, at non poſſe ſecundum eum. Quoties aliqui ſubjiciunt ſe juriſdictioni Magiſtratus, certum eſt tam eis quam adverſus eos jus dici poſſe, *l.* 14. *D. de Jurisdict.* Quid hoc eſt, *Ei & in Eum*? Id eſt proculdubio (ut jam ſupra docui *diſpunctione* 5.) ſecundum Eum, & contra Eum, & ſive conveniat, ſive conveniatur, ut vulgo adjici ſolet. Denique cum *lex* 1. *D. Quod quiſque juris*. ait, *Quis enim aſpernabitur idem jus ſibi dici, quod ipſe alii dixit*. Quaeſo te Merilli, Nonne ratio facit ut hoc ita exaudiamus, in ſe jus dici, quod in alios dixerit, vel Titulo admonente. Quod quisque juris in alterum statuerit, &c. Ergo inutile eſt ſubterfugium in hac quaeſtione noſtra illud, ut ſit aliud jus dicere alicui, aliud in aliquem.

DIS-

## DISPUNCTIO XI.

An in ſpecie *legis Cum mater* 28. *D.de Inofficioſo teſtament.* filius a matre praeteritus egerit querela inofficioſi, vel ex tacita matris voluntate? Et an Paulus Juriſconſultus Decretum Hadriani Imperatoris improbaverit in *dict. l. cum mater* 28.

Paulus libro ſingulari de ſeptemviralibus (alias de centumviralibus) judiciis. *Cum mater*, inquit, *militem filium falſo audiſſet deceſſiſſe, & teſtamento haeredes alios inſtituiſſet, D. Hadrianus decrevit haereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates & legata praeſtentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur. Nam cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet*.

Cum unam duntaxat Merillius quaeſtionem proponat, duplicem movet; & in utraque variantem Cujacium facit. Prima eſt (quae abeſt a titulo Merilliano) quam non ſivi exulare a noſtro. An in ſpecie *l.*28.*D.de Inoff.teſtamento*. filius praeteritus in teſtamento matris, egerit actione ſive querela inofficioſi, an vero ex tacita voluntate matris? Mater decedens falſo rumore perlato quaſi filius ejus miles cecidiſſet in acie, teſtamento ſuo extraneos inſtituit haeredes & ab iis libertates & legata reliquit: Reverſus ex caſtris filius poſt mortem matris, quaeſtionem fecit apud Principem, de materna haereditate contra ſcriptos heredes. Quaeritur ab interpretibus, qua actione egerit, an querela inofficioſi teſtamenti, an ſupplicatione Imperatori facta, ut ex tacita matris voluntate haereditatem ejus obtineret. Merillius Graecis admodum infenſus & adverſus, rejecta eorum opinione filium vult egiſſe de inofficioſo: Graecos ſequutum Cujacium *lib.* 10. *Obſerv. cap.*22. ſequor ipſe, & dico filium non egiſſe querela inofficioſi. Nam (quae ratio Cujacii eſt, eaque optima) cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet, ut eſt *in fine d.l.cum mater* 28. & confirmatur, *l. Titia* 13.*in fin.D. eod tit.de inoff.* Nec mihi reſpondeat Merillius, hinc mirari & adnotare Paulum Imperatoris decretum: repungam enim, adnotare igitur, quaſi id ſit contra regulas juris; quod quid aliud eſt, quam improbare & ſuggillare? cum tamen Merillius non reprehen-

hendiſſe, ſed potius decretum probaſſe & obſervaſſe Paulum fateatur. Hoc concedat, & annuat Merillius, non arriſiſſe Paulo Hadriani decretum: ſua ſibi conſtabit opinio, propria alias contradictione collapſura. Utamur & aliis rationibus. De teſtamento matris quae exiſtimans periiſſe filium, alium haeredem inſtituit, an quaeri poſſet quaſi inofficioſo, tractatum eſt; ſcripſitque Ulpianus lib.6. Opinionum, poſſe, *l. ſi inſtituta* 27.§.*ult.D.de Inoff.* Juſtam dubitationem movebat quod exhaeredatio reſcinditur ſola ea, quae notae cauſa facta eſt, quae iniquitatem & odium habet, veluti ſi mater naturam oderit *ἐπειδὴ τὴν φύσιν ἀλόγως ἐμίσησεν* inquit Theophilus: at mater filio non ſuccenſuit quem putavit pro Repub. glorioſe occubuiſſe. Placuit tamen praeteritionem illam ceu exheredationem, etiam per querelam reſcindi poſſe, ſi filius ſcilicet (hoc enim exaudiendum eſt) ad injuriam factum matris revocaret. Sed cum haec via actionis de inofficioſo, propter moleſtiam probationis, & judicii qualitatem (lis enim improba dicitur, *l.*8.§.14.*D.de Inoff.*) filio longior, id eſt, difficilior ſit, quam ſupplicationis ad principem, cum hac via electa matris errorem vel ipſa teſtamenti ejus praefatio demonſtret, illa vero docere debeat filius inique ſe praeteritum eſſe, credibilius eſt ubicunque de matris errore conſtat, ut in *d. l. cum mater* 28. filium de inofficioſo non acturum. Aliud argumentum ſumo, ex verbis *d.l.cum mater* 28.*Divus Hadrianus decrevit haereditatem ad filium pertinere.* Scilicet his verbis, de haereditate apparet pronunciatum, non de teſtamento ſive de jure teſtamenti. Quod tamen fieri ſolet in cognitione de inofficioſo, *l. Papin.* 8. §.*pen.l.ſi pars* 10. & *l.filio* 16.*in fin. D. de Inoff.* Econtra vero in ſupplicatione principi facta pronuntiatur haereditatem pertinere ad eum qui per cauſam erroris non eſt inſtitutus, cum onere tamen praeſtandorum legatorum, *l.ult. D.de Haeredib. inſtit.* An Cujacius uſpiam finxit (ex ſua ſententia) filium in *d.l.*28. inofficioſi querelam inſtituiſſe, magis quam apud principem extra ordinem egiſſe? Profecto ex recitatione ad *l. Titius* 25. *D. de Lib.* & *poſtum.* ex prioribus ejus operibus, (cujus verba refert Merillius quaſi adverſantia dictae obſervationi, *lib.*10. *cap.* 22.) hoc non elicias! id aequius facias ex recitatione ad *d.l.*28. *D de Inoff.* quam tamen Merillius, ſuae cauſae non ita bonus Patronus, cum dicta obſervatione componit: Imo omnino melius ex recitatio-

tatione ad *d.l.Titius* 25.ex poſtumis operibus, quam praetermittit Merillius. Sed eſt quod huic loco reſpondeamus, Cujacium filio non dare actionem inofficioſi ipſo jure. Illi vero, incerta omnia ibi reliquiſſe propoſita atque exaggerata tam vulgi quam ſua opinione. Non bene Reum Accuſator, hoc capite convincit, ut nec in caeteris.

Reſtat aliud de Hadriani decreto. Merillius ait Cujacium illud improbare in expoſitione tituli *de liberis & poſtumis ad leg. Titius* 25.Aliter in *Obſerv.ſupra dicto loco*. Recta objectio: ducta ſcilicet ex operibus quae Magiſter recognovit, Caeterum attendentibus quomodo loquatur in *d. l.Titius* 25. facile erit moderari ſententiam. *Id decretum*, inquit, *probare Paulus non videtur*. haec vox (*videtur*) non eſt definientis & certo affirmantis, ſed dubitantis ἐπὶ ἀμφιβόλȣ, licet non ſemper, aliquando tamen: ut de verbo, δοκεῖν, Rhetor Ulpianus docet in *enarratione primae Olinth.* Demoſt. ad illa verba. ὑμᾶς ἑλέσθαι νομίζω. Nam ut Magiſter docet ad *l. Procula* 26. *D. de Probat.*ex *eadem l.* verbum (*videri*) praeſumptionem ſignificat. De eo autem decreto ſuperaddendum nihil habeo, niſi quod haec verba, *Nam cum inofficioſum teſtamentum arguitur*, *&c.* diverſam ſpeciem a priori ſeu diverſum genus agendi deſignant. Particula, *Nam*, modo pro ratione dubitandi, modo pro explicatione ejus quod dictum ſit, modo pro ratione differentiae, adeoque ad inductionem diverſae ſpeciei ponitur, ut oſtendit *l.ſi is qui pro em tore* 15.*in pr.&* §.1. *D. de Uſurp. & uſucap.*Ita in §.*At hi qui emancipati* 10.*Inſt. de haereditatib. quae ab inteſtat. defer.* haec verba; *Nam vivo eo emancipati*, caſum diverſum a ſuperiore continent, & in *l.* 2. §.1. *D. de Vi bonor.raptor.* diverſa experiundi ratio deſignatur iſtis, *Nam ſi quis ſe vim paſſum docere poſſit, publico judicio poteſt experiri*.

## DISPUNCTIO XII.

Quomodo ſervitutes praediorum aliae in ſolo, aliae in ſuperficie conſiſtant?

L*Ex* 3.*D. de Servit.*ſic habet. *Servitutes praediorum in ſolo, aliae in ſuperficie conſiſtunt*. Quaeritur quo ſenſu in *ea l.* dica-

dicatur ſervitutes praediorum alias in ſolo, alias in ſuperficie conſiſtere. Conſentiunt omnes his verbis traditam eſſe a Paulo Jureconſulto ſervitutum diviſionem: Et Accurſius quidem dixit denotare hanc diviſionem ſervitutes urbanas & ruſticas, vel eas ſervitutes quae imponuntur a dominis,& a ſuperficiariis: ſuperficiarii ſunt qui in alieno ſolo ſuperficiem habent, quam vel emerunt ſolam vel conduxerunt in perpetuum vel in longum tempus: hi non poſſunt ipſo jure, ſuperficio ſive ſuperficiei ſervitutem imponere, Praetor tamen quas impoſuerint pro aequitate ſua tuetur, quemadmodum & in rem utiles actiones ei commodat, *l. in Provinciali* 3. *§. ſi ego* 3. *D. de Operis novi nuntiatione*. Poteſt affingi & alius ſenſus,ſive alia interpretatio ad *d.l.*3. ut ſint ſervitutes ſolo impoſitae, vel acquiſitae: ſint & ſuperficiei. Solo ſimpliciter impoſitae ſunt ſervitutes, cum fundo ſuo ſervitutem quis imponit, veluti cum vicino ceſſit jus eundi per fundum ſuum ſive genus agri expreſſerit, ſive non: ſuperficiei impoſitae ſunt, cùm certum genus agri demonſtratum eſt ea mente, ut forma agri mutata, non eſſet amplius ſervitus. Genera agrorum diſtinguuntur ſuperficie, ſunt vineta, ſaliceta, oliveta, arva, arbuſta, praetoria & alia aedificia: id genus praedia diſtinctionem recipiunt ratione eorum quae in iis ſata, conſita,implantata, & aedificata ſunt: Stipulatus ſum ut mihi liceret ire, agere in vineam meam per fundum tuum, ceſſiſti mihi jus commeandi ad vineas meas per praedium tuum, quaeritur an haec ſervitus acquiſita ſit ſolo,vel ſuperficiei? videndum quid actum ſit: id eſt quaenam fuerit mens contrahentium: & ſi quidem hoc actum eſt, ut maneret ſervitus quamdiu vineae manerent, non ultra: ſuperficiei, non ſolo dicitur acquiſita ſervitus: Si nil tale actum eſt, ſolo creditur ſervitus acquiſita: mentio vinearum non efficit quo minus ad ſolum ſervitus pertineat. *Certo generi agrorum acquiri ſervitus poteſt velut vineis, quod ea ad ſolum magis quam ad ſuperficiem pertinet. Ideo ſublatis vineis, ſervitus manebit. Sed ſi in contrahenda ſervitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit neceſſaria*. Textus eſt *l.*13.*D.de Serv.praed.ruſtic.* Haec tertia interpretatio eſt, quae fingi poteſt ad *d.l.*3.*D.de Servit.*Et vero eam finxit Cujacius & aptavit *dictae l.*3.dum eam interpretatur ad *lib.*21.*Pauli ad Edictum*. In quo tantiſper receſſiſſe videri poſſit ab eo quod dixerat in recitatione quadam ad *titul.de*

*ſervit.* ubi ex duabus Accurſii interpretationibus , inclinabat in priorem , ut illis verbis , *aliae in ſolo, aliae in ſuperficie* , denotarentur ſervitutes tum urbanae,tum rusticae . At non carpitur in eo ; qui tamen fundus eſt , & quaeſtio de vera interpretatione *d.leg.*3*.D.de Servit.* ut prae ſe fert titulus hujus capitis . *Quomodo ſervitutes &c.* nec ( quod mirum eſt in Merillio qui paratus ad agendum venit ) contra eam interpretationem quicquam affertur, quae nequidem refertur : Minimum igitur eſt quod arguit Merillius , ſcilicet quod ad titulum *de ſervit.* Cujacius dixerit , in ſolo conſiſtere ſervitutes ruſticas, in ſuperficie ſervitutes urbanas : contra ad *librum* 21. *Pauli ad Edictum* , ſervitutes urbanas in ſolo conſiſtere poſſe , & ruſticas in ſuperficie . Sperabam fore *hocce capite* XII. ut Merillius , id eſt , ut ſolertiſſimus ille Juriſconſultus, qui Cujacium propalat ingenium in numerato non habuiſſe , ingenioſe nobis rem totam haud parca manu expanderet atque emedullaret : fruſtravit adeo ſpem Merillius , ut nec ſatis quid de ea quaeſtione ſentiret , aperuiſſe nobis videatur . *Plures, inquit , interpretationes recipit lex* 3. *D. de Servit. Primum eſt* ( ita loquitur Merillius ) *ut qui Dominus eſt ſoli,poſſit ſervitutem ſolo imponere , & ſuperficiarius poſſit quoque in ſuperficie ſervitutem imponere . Alio modo intelligi poteſt haec lex* 3.*ſervitutes ruſticas in ſolo , urbanas in ſuperficie conſiſtere : ſervitutes ruſticae in ſolo conſiſtunt veluti ſervitus itineris aquaeductus : urbanae in ſuperficie veluti ſi ex meo aedificio tignum immittam in tuum aedificium . Eam interpretationem probat Cujacius ad tit. de Servit. Idem tamen ad lib.* 21. *Pauli ad Edictum in hac l.*3. *ait tam ſervitutes urbanas , quam ruſticas poſſe in ſolo vel ſuperficie conſiſtere quod & magis admitterem .*

Liceat mihi percunctari de te Merilli : An probas expoſitionem Cujacii ad *librum* 21.*Pauli ad Edictum* , ubi refutat utrumque ſenſum ab Accurſio prolatum , tertium ſenſum ex ſuo ſenſu profert elicitque ex *d.l.certo generi* 13.*D.de Serv.ruſt.praed.* nimirum ſervitutes quae in ſuperficie conſiſtunt , eas eſſe quas quis praedio ſuo ita ſtipulatus eſt, hoc eſt, eo animo ut ſuperficiei tantum eas acquireret , ut ea peremta perimerentur : eas vero quae in ſolo conſiſtunt eas eſſe , quae ſolo acquiſitae etiam mutata ſuperficie remanerent ? Haec eſt ſumma ſententia eorum quae fuſe tractat ibi Cujacius ; cui ſententiae conſequens eſt quod ibidem

vir

vir emunctiſſimae naris habet : ſcilicet conſiſtere ſervitutes in praedio cui ſervitus debetur, non vero in praedio ſerviente. Quo referemus illud tuum , *Quod & magis admitterem* ? Admittis tam urbanas, quam ruſticas ſervitutes poſſe tum in ſolo, tum in ſuperficie conſiſtere : At non admittis quod vult Cujacius, ſervitutes ſimpliciter conſiſtere in praedio,cui ſervitus debetur . Denominationem , inquis , accipiunt a praedio dominante , conſiſtunt in ſolo aut ſuperficie non praedii dominantis, ſed ſervientis. Ita ſit! verumtamen hoc dicto , ita ſtare videris cum Cujacio , ut nullo modo ſtes. Mens enim Cujacii eſt , ut poſito eo quod ſervitutes conſiſtunt in praedio dominante , ( utitur & ipſe hoc verbo auctoribus noſtris nuſquam uſitato ) conſequens ſit omnium praediorum tam urbanorum , quam ruſticorum ſervitutes , & in ſolo & in ſuperficie conſiſtere , quia tum ſolo , tum ſuperficiei deberi poſſunt.

Jam non loquor de veritate hujus ſententiae ; ſed quaero an in aliquo conveniat Merillius cum Cujacio , quem lateralem ſibi ſemper aſſeverat ? Nam qui negat ſervitutes ſolo, vel ſuperficiei debitas , in eodem ſolo vel ſuperficie eadem conſiſtere , qui convenire poteſt cum eo,qui putat ſententiam *dictae leg*.3.*D.de Serv.* eſſe , ſervitutes tam urbanas, quam ruſticas in ſolo, vel ſuperficie conſiſtere ? Et tamen non dubitat Merillius ſcribere illud ſuum , *Quod & magis admitterem* . Credendum eſt Merillium hoc magis admittere ſuo modo : videlicet probare Cujacii interpretationem,quod omnes ſervitutes deberi poſſint & ſolo,& ſuperficiei , at improbare , conſiſtere in praedio dominante . Sed o Merilli , textus *d.l.*3.ait *conſiſtere* , ſi igitur tu cum Cujacio conſentis deberi : quare diſſentis in eo quod lex ait , conſiſtere ?

Satius erat in totum hic a Magiſtro recedere, & bono adhaerere Accurſio . Nam ut verum fatear , aut imperfectus eſt commentarius ille qui Cujacio tribuitur , aut falſus eſt Cujacius in expoſitione *dictae leg.certo generi* 13. quae tantum abeſt ut dicat ſuperficiei ſervitutem acquiri & ſi maxime hoc actum ſit inter contrahentes , quinimo aperte ait ſolo acquiri ; ſed remedio exceptionis ſervari conventionem ; quomodo Papinianus in *l*.4. *D. de Servit. Servitutes* , inquit , *ipſo quidem jure ad tempus conſtitui non poſſunt : ſed tamen per pacti vel doli exceptionem occurretur contra placita ſervitutem vindicanti* . Itaque putandum minime

eſt Juriſconſultum, dum eam diviſionem tradit *ſervitutes alias conſiſtere in ſolo, alias in ſuperficie*, cogitaſſe de eo quod & raro & praeter juris rationem fiat. Diviſiones fiunt ut ait Philoſophiae magiſter *τοῖς ἐν τῇ οὐσίᾳ καὶ μὴ τοῖς συμβεβηκόσι*, iis rebus quae in ſubſtantia non iis quae accidunt, *lib.* 1. *de Partibus animal.cap.*3.

Ubinam autem conſiſtunt ſervitutes? an in praedio ſerviente, an in praedio cui ſervitus debetur? Quaero in quo Tutela? An in tutore, an in pupillo? definitio enim ambigua eſt dum ait, in capite libero: poteſt ergo de tutore accipi, ut rectus ſit ſermo poteſtatem eſſe in tutore ad tuendum pupillum: At Theophilus ait *κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς*. Expeditum eſt dicere, eſſe in utroque; Tutor eam habet atque exercet; Exercetur autem in pupillo. Jus patroni eſt in liberto, eſt in patrono quoque, *l.*8. §. *ſed ſi ad jusjurandum* 2. *D. de in jus vocando*. Etiam in ſacris paginis idem verbum juxta Hebraei ſermonis ambiguitatem alii atque alii applicatur Bernardus *ſerm.*4. *de verbis Eſaiae Prophetae*. *Et hoc quidem*, inquit, *pro eo quod diſtincte in Latinis codicibus ſcriptum eſt caput ejus & pedes ejus: Teſtatur autem interpres noſter in Hebraeo verbum eſſe commune quod poſſit interpretari ejus, & ſuam: ut Seraphim juxta Hebraei ſermonis ambiguitatem vel faciem pedeſque Dei, vel ſuam faciem ac pedes ſuos operire dicantur*. Rogo imperium in quo eſt, an in domino, an in ſervo? Credo eorum quae *πρός τι* dicuntur, naturam eſſe reciprocam, & ut ſervus dicitur domini ſervus, ita & vice mutua dominus eſt alicujus ſervi dominus: *πάντα δὲ τὰ πρός τι* &c. *in Categ.cap.*7. adeoque imperium ſuo modo, ſuaque ratione, & in domino & in ſervo eſſe; eritudinem, ſervitudinem, apud Feſtum, eritudo eſt dominatio, *δεσποτεία*. Ita de praediorum ſervitutibus dicendum; conſiſtere eas in utriſque praediis. In iis quibus debentur, quae proculdubio jus habent, & in iis quae debent, quia ſerviunt & ut ita dicam ſervitute afficiuntur, ut Ariſtoteles ait *αἰσθήσεις περὶ σῶμα καὶ ἐν σώματι*. Noſtris enim quid aliud ſervitutes quam qualitates praediorum, ſeu ut loquuntur, praedia qualiter ſe habentia: nec fere intereſt ſive dixeris *πιότητα* vel *διαθέσεις*: ſi aves dicere *ποιότητα*, quod eſt vero propius, audi eundem Ariſtotelem *ὅτι μὲν οὖν αὗται ποιότητές εἰσι φανερὸν* &c. Nam ſi actionum inſtar habeas ſervitutes, conſtat actionem ibi magis eſſe ac conſiſtere

ſtere ubi fertur, quam unde manat: ibi ſentitur ubi eſt, inquit D.Auguſtin. *epiſt.ad D.Hieron.de Origine animae*. Et de ſervitute perſonarum Seneca. *Errat*, inquit, *ſi quis exiſtimat ſervitutem in totum hominem deſcendere, pars ejus melior excepta eſt, corpora obnoxia ſunt, &c.lib.*3.*de Benef.cap.*20. Agnoſco igitur, veriſſime dictum, ſervitutes conſiſtere in praedio ſerviente: practice ſcilicet & paſſive, quia exercitium, id eſt, uſus ſervitutum eſt, finiturque in ipſis praediis, quae ſervitutem debent. Qua ratione forte pontes urbis Romae, regioni XIV. adſcripti ſunt, quae tamen erat trans Tiberim, quod ad eam, & in ea quieſcerent. Ergo recte utrumque dixeris, ſervitutes conſiſtere in praediis quae eas debent in quibus & conſtitui,& remitti etiam dicuntur, *l.ad certam partem* 6. *D. de Servit.* imo & nominatim conſiſtere, *l.*29.*D.de Serv.urb.praed.*& in praediis quibus debentur, cum ab uno exeant & in aliud perducantur, *l.*20. §.*penult. D.Eod.* & utique acquirantur iis quibus debentur, *d. l. certo generi* 13.*D. de Serv.praed.ruſtic.& l.*11.*&* 12.*D.de Servit.* & ut interdicta poſſeſſoria competunt poſſeſſoribus rerum corporalium, ita & interdicta veluti poſſeſſoria dominis praediorum, quibus acquiſitae ſunt ſervitutes, *l.ult. D.Eodem tit.*

## DISPUNCTIO XIII.

An ſervitute viae ſimpliciter legata, haeredis vel legatarii ſit electio, qua parte fundi conſtituatur.

AD quaeſtionem propoſitam ut reſpondeatur: quid pluribus opus eſt? ſola legatorum per vindicationem & per damnationem diſtinctio rem omnem abſolvit. Haec hodie notiſſima eſt beneficio eorum qui *fragmenta* nobis *Regularum* Ulpiani, ac Pauli *Sententias* evulgarunt: antequam vero iis frueremur, cui nota? Et mirum tamen divino praeſtantem ingenio Cujacium, ubi defuit illi tam opportunae atque expeditae diſtinctionis cognitio, non ſufficientibus ac comparentibus libris illis, proxime ad eam acceſſiſſe excogitata diſtinctione voluntatis Teſtatorum, ut infra apparebit: quo nomine ſane non vituperandus, aut variationis accuſandus, ſed maxime laudandus fuit. Sed age; aliud in ſinu occultat Merillius: verbum (*relinquatur*) inquit, in

*l.*9.

*l.*9.*D.de Servit.*rejiciendum ſemel exiſtimavit Cujacius : poſtea, retinendum cenſuit. De poſtumis eſt ea objectio. Sed demus Merillio, quaſi ſit de prioribus ejus operibus. Ad *d.l.*9. dixit ſuſpecta ſibi videri verba *vel relinquatur*. Textus habet *Si cui ſimplicius via per fundum cujuſquam cedatur, vel relinquatur; in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit &c.* Cujacius, *probabile eſt*, inquit, *haec verba eſſe cujuſdam interpretis*. Hoc dico, neque his verbis omnino definiiſſe Cujacium, expungenda eſſe ex *d.l.*9. verba illa, *vel relinquatur*, neque alibi caviſſe nominatim, retinenda eſſe.

Redeamus ad primam praecipuamque objectionem, ſimul & rem totam cominus videamus. Celſus in *d.l.*9. ait *ſi via cedatur, vel relinquatur*, cedatur ſcilicet ſtipulatori, relinquatur autem legatario, *ut utrique liceat per quamlibet partem ire agere*. Accurſius objicit *l.ſi via* 26. *D.de Servit.praed.ruſtic.* ubi legata ſimpliciter ſervitute, Paulus ait facultatem eſſe haeredi per quam partem conſtituat ſervitutem: falſum igitur quod dicitur *d.l.*9. facultatem eſſe legatario. Cujacius diluendae hujus objectionis gratia dum primitus interpretatur *d. l.*9. tentavit aliquid dicere, & forte peregit, ſed non pervenit ad nos integra ejus recitatio, ut viri boni animadvertere poſſunt illo loco. *Loquitur de fundo, quare ait villam? quia villa eſt acceſſio fundi: ridiculum ergo eſt, cum fundus ſit acceſſio villae.* Quis non videt nonnulla hic deſiderari? & illo maxime loco. *Notandum eſt in quaeſtione de jure electionis, ſemper diſtingui ultimas voluntates a contractibus: Exemplo id demonſtratur. Si legatum generaliter relinquetur, electio eſt ejus qui debet, ſic etiam in ſtipulationibus disjunctivis, l.*10.*D.de Jure dot. Sic igitur definiendum in legatis; ſi ſimpliciter via legata ſit, electio eſt haeredis quia hoc eſt conſentaneum voluntati haeredis*. Quis non videt praemiſſis non bene congruere ſequentia? ut plus dictum, minus ſcriptum eſſe credibile omnino ſit: Et ſatis tamen ſcriptum, unde poſſimus tueri ſententiam interpretis, cum dixit haeredis eſſe electionem ubi hoc eſt conſentaneum voluntati teſtatoris.

Sane, ad *d. l.* 26. *D. de Servit. praed. ruſtic.* lib.47. Pauli ad Edictum. Idem Cujacius objectionem illam removet aperta diſtinctione legatorum, ut ſi teſtator ita per damnationem legaverit, haeres meus damnas eſto illi viam dare cedere per fundum illum,

lum, electio ſit haeredis, quia & ſermo dirigitur ad haeredem: Contra ſi per vindicationem legaverit, lego tibi viam per fundum meum, electio ſit legatarii per quam partem ire agere velit. Qua re non eſt contrarius in ſententia Cujacius ab eo quod ante ad *d.l.*9.dixerat, ſed in modo tantum docendi diverſus.

Huic autem diſtinctioni ſuperaddere quidquam, fere otioſum eſt, niſi ſi repetere & explicare liceat, hanc diſtinctionem legatorum prodere diverſam teſtantis voluntatem. Qui damnat haeredem dare, transfert in eum dominium, ut ab eo poſtmodum & ejus facto miniſterioque alius dominus efficiatur: Qui ſepoſito & veluti ſpreto haerede per vindicationem legat, recta via dominium vult ad legatarium tranſire, *l.*64. *D.de Furtis.* adeoque ſi tale quid ſit quod electionem contineat, electionem in eundem confert, ut eligendo dominum acquirat, quod interim in pendenti ſit, ut electione ſua quaſi deſignatione quadam (quae in actione in rem plane neceſſaria eſt) rem ſumat & vindicet. Servius ad *v.*533. *lib.*5. *Æneid.Sumere*, inquit, *eſt verbum Juriſconſultorum, quo utuntur, quotieſcunque legatum non ab ipſo haerede datur, ſed eſt in accipientis arbitrio*. Vim facit Servius in verbo *ſumere*, cujus non eſt alia poteſtas quam verborum, capito, optato, eligito, & eorum, do lego. Ulpian. *in fragment. Regularum tit.de leg.* §.3. Alia igitur atque alia voluntas apparet in diverſis legandi generibus, & ex ea diverſitate voluntatis, modo haeres, modo legatarius electionem habet: quod & accidit in ſervitute legata, ut modo imponatur qua velit haeres, modo qua legatarius, prout conſentaneum eſt voluntati teſtatoris. Quod cum ſimpliciter dixerit Cujacius in *d.l.*9. *D. de Servit.* diſtinctius vero in *d.l.ſi via* 26. quis eum jure redarguere potuit?

## DISPUNCTIO XIV.

An legato fundo, aditione haereditatis confundantur ſervitutes?

*E T*

An dominium rei legatae tranſeat in haeredem vel legatarium?

Nihil eſt facilius, *l.*18. *D.de Servit.* quae ait, *In omnibus ſervitutibus quae aditione confuſae ſunt, doli exceptionem nocere*

*nocere legatario, ſi non patiatur eas iterum imponi*. Species eſt, Fundus Titii teſtatoris fundo meo debebat ſervitutem viae, Titius inſtituit me haeredem, fundum autem illum ſuum Sejo per damnationem legavit: Cum Sejo fundum tradere vellem, atque eidem fundo imponere ſervitutem, quae me adeunte haereditatem, jure confuſa erat, id non eſt paſſus Sejus. Egit igitur contra me, petiitque ut ei fundum traderem uti optimus maximus eſſet, id eſt liberum, *l.cum venderes* 59. *D. de Contrah. emt.* Paulus ait Sejum exceptione doli mali ſubmovendum eſſe: quod ſcilicet talis praeſtandus ſit fundus, qualis eſſet cum legatus eſt. Haec profecto propius ad Cujacii ſenſum. Verum quid audio? Cujacium ad *librum* 3. *Quaeſtionum Papiniani* fingere in ſpecie *d.l.*18. legatum conditionale fuiſſe, & ita haeredem factum dominum, alias non futurum, ſi purum non fuiſſet legatum.

Ita ne Cujacius in plano haeſit, ut neſciret evadendi rationem aliam aut etiam meliorem? Potuit quidem fingere ſub conditione relictum legatum, nam quae ſub conditione leguntur, interim ſunt haeredis, *l.*1.§.4. *D.ad SCtum Silan*. At non potuit non errare turpiter hoc adjecto, non alias futurum dominum ſi pure legatum eſſet. O virum ſterilem Cujacium, ſi haec dixerit, optimarum rationum, & diſtinctionum juris ignarum! Ratio dubitandi in ſpecie ſupra dicta haec erat (ſi verum eſt quod vulgo credimus) quod dominium fundi legati a morte teſtatoris, recta via ad Sejum legatarium tranſiiſſet, nunquam factum haeredis, *l.legatum* 80. *D.de Leg.*2. atque ita nulla confuſio in perſona mea, id eſt, in perſona haeredis facta eſſet. Ratio autem amovendae dubitationis fuit, non quod in *hac l.*18. legatum eſſet conditionale: ſed quod legatum per damnationem relictum eſſet, cujus hanc fuiſſe naturam conſtat, (tum ex formula ejus, tum ex comparatione legati per vindicationem, apud Theophilum *tit.de legatis.*) ut rei legatae dominium donec ſolveretur, & daretur, penes haeredem remaneret. Cujacius, inquit Merillius, ut hanc dubitationem amoveat ad *lib.*31. *Quaeſt. Pap.* ait in *hac lege* 18. legatum conditionale fuiſſe & haeredem pendente conditione factum dominum, atque ita aditione confuſam fuiſſe ſervitutem. Quod ſi legatum fuiſſet purum, nullo tempore haeres fundi Titiani dominium habuiſſet. Quam diſtinctionem inter legatum purum, & conditionale non Accurſius, ſed Cujacius in *tit.de Servi-*

*tut.*

*tat.* ait non eſſe obſervandam, quia lex iſta non diſtinguit: & praeterea exiſtimat quoquo modo res legatae fuerint, dominium rei legatae tranſire in heredem! *quoquo modo*, id eſt, ſive purum ſive conditionale fuerit legatum, vel ſive legatum fuerit vindicationis, aut damnationis. Denique exiſtimat non aliter dominium rei legatae acquiri legatario, quam cum legatum agnoverit. Verum putarem in *hac l.*18. latere differentiam quae erat inter legatum vindicationis & damnationis &c.

Ita ne inquam Cujacius nihili fuit homo? adeone immemor ut ad Papinianum non recordaretur diſtinctionis legatorum vindicationis & damnationis in *d.l.*18. tam convenientis, quam ante ad Africanum ſaepius verſaverat? imo & ad eundem Papinianum lib.17.Quaeſt.ſcilicet ad *l.Maevius* 66.*D.de Leg.*2.Non credam, ſi non cerno atque oculis ipſe meis video. Teneo locum; *At finge*, inquit Cujacius, *tu qui me haeredem feciſti, praedium illud tuum quod meo ſerviebat a me legaſti Titio*, Et legaſti per damnationem ita ponendum eſt, alioquin aditione ego non acquirerem dominium hujus praedii, quia fundi legati per vindicationem dominium recta tranſit ad legatarium, nec fit haeredis niſi ſit legatum per vindicationem conditionalem. Haec ille, Nunc ubi fides? Audiſne, legiſne Merilli? Oportuitne hoc craſſiore charactere & apicibus Romanis grandiuſculis, qualibus libri tumeſcunt tui, haec conſcribi? Statuit Cujacius ſi legatum ſit vindicationis, haeredem non fieri dominum rei legatae, niſi forte conditionale ſit: At in ſpecie propoſita, aperte nullam conditionem adſcriptam fuiſſe ponit, qui expreſſe ait legatum per damnationem relictum fuiſſe: *& ita*, inquit, *ponendum eſt*. Quid planius? O ſi redivivus immanitatem ac foeditatem hujus erroris, ne dicam mendacii & cruentam hanc plagam innocenti ſibi a te inflictam videret Merilli, qui Donellum aliquando virum egregium & diſertum & doctum ob levem quandam hallucinationem ſcutica dignum pronuntiabat, quî te manumitteret! Tantum tu verteris ab illo, ut diceres.

*Namque agor ut per plana citus ſola verbere turben*, ut eſt apud Tibull. *lib.*1.*eleg.*5.*v.*3. ſed pergamus porro.

Merillius addit Accurſium adferre hanc diſtinctionem legati puri & conditionalis, Cujacium vero *ad titulum de Servit.* dixiſſe minime obſervandam eſſe: & praeterea exiſtimaſſe quoquo

modo res fuerint legatae dominium tranſire in heredem, id eſt, inquit Merillius, ſive purum, ſive conditionale ſit legatum, *vel ſive legatum fuerit vindicationis, aut damnationis*. Heus heus Merilli! Aureliani gloſſematis ſimile tuum *id eſt*, ipſo contextu ſcabroſius eſt Verum quidem eſt Cujacium ibi dicere, in ſpecie hujus *leg.* 18. *D. de Servitut.* diſtinctionem illam inter legata pura & conditionalia, non eſſe ad rem, (ſcilicet ſi praeterea nihil ſuppleamus) ſed non idem ait de diſtinctione legatorum. Itaque cum ait, quoquo modo res legatae ſint, dominium tranſire in heredem: hoc eo referendum eſt ſive pure, ſive ſub conditione legatum ſit, non eo quo tu refers ſive legatum ſit vindicationis, ſive damnationis, de qua differentia nominatim nihil illic habetur. Hoc non videre, quid eſt niſi in montes offendere, reſque oculos ferientes non cernere? ut D. Auguſtinus ait *lib.* 8. *de Civit. Dei cap.* 16.

## DISPUNCTIO XV.

An ſit quaedam ſpecialis certi condictio, vel tantum generalis?

ADeone a Cujacio mens aliena Merillio eſt, ut non poſſit niſi in eo in quo cum eo conſentit, ſenſum ejus adſequi? & ſi quae de jure eum opinio imbuerit aliter atque illum, capere poſſe deſinat, aut intelligere nolit? Cujacius rubricam, ut ajunt, Tituli Digeſtorum *de rebus cred. ſi certum petatur*, *& de condictione* explicat cum *in Paratitlis Digeſtorum*, tum ad *l.* 23. *eodem titul. lib.* 2. *ad Africanum*: utrobique autem tradit duas eſſe certi condictiones, unam generalem pertinentem nedum ad mutuum, ſed etiam ad omnes cauſas ex quibus certum petitur illis verbis deſignatam *ſi certum petetur*, alteram ſpecialem ex mutuo ſolo, his verbis ſignificatam *& de condictione* ut *Inſtit. tit. Quibus modis re contrahitur oblig.*

Merillius vult aliter eundem Cujacium tradere in *Paratitlis Codicis ad tit. Si certum petetur*: eo quod ibi non meminerit ſpecialis condictionis. Verum ita ſit, de ſpeciali condictione nihil ibi commemorare Cujacium, Quis ex eo probe ita colligat, ergo unam duntaxat facit certi condictionem? Titulus Codicis ſingularis eſt, ſimpliciter ita conceptus, *Si certum petetur*. Non ut in Dige-

Digeſtis tergeminus ſeu tribus hiſce clauſulis & partibus compoſitus. *De rebus creditis, ſi certum petatur, & de condictione*. Non fuit ergo cur in *Paratitlis Codicis* Cujacius neceſſario explicaret illa verba, *& de condictione*, ſed fuit quod doceret his verbis, *ſi certum petetur*, quantumvis generalibus (ut ipſe exiſtimabat) mutuum tamen contineri, imo & proprie contineri. Nam Cujacius titulum *ſi certum petetur* habet quaſi appendicem praecedentis qui eſt *de rebus creditis*. Docet igitur ut crediti appellatio quae generalis eſt, proprie tamen & quidem ἰδιωτάτως pertinet ad mutuum: ita & actionem *ſi certum petatur*, licet generalis ſit, non minus proprie dici & intelligi de mutuo: quaſi diceret, mirum non eſſe Titulum illum qui totus eſt de mutuo, conceptum eſſe *ſi certum petetur*.

Plus dici poteſt, nec Cujacium illic praetermiſiſſe ſpecialem condictionem. Quo enim illa verba? (& ita actio in perſonam quae ei qui mutuam pecuniam dedit, in debitorem competit, proprie dicitur certi condictio, vel actio ſi certum petetur de rebus creditis.) quae verba ſi referantur ad Paratitla Digeſtorum, quem ſenſum habere poſſunt alium ab eo quem habent ipſa Paratitla nimirum duplicem eſſe condictionem, ſpecialem unam, alteram vero generalem? Quod cum legere debuit Merillius, immerito Cujacium fecit variantem, ut & immerito ſolus ex omnibus interpretibus unicam facit condictionem.

Volo me quoque immiſcere, *& argutos inter ſtrepere anſer olores*. Dico ego tit. illo Digeſtorum *de rebus cred. ſi certum petetur, & de cond.* duas quidem ut docet Cujacius, proponi condictiones: ſed quam ille ſpecialem, ego generalem condictionem eſſe contendo, & e contra, quam facit generalem, ſpecialem eſſe dico: & ſpecialem notari verbis illis *ſi certum petetur*, generalem autem iſtis, *& de condictione*, ſpecialem eſſe ſpecialiter de pecunia numerata, generalem de omni re & cauſa: quae proinde pro diverſis ſpeciebus modo certi, modo incerti condictio, & condictio ſine cauſa & aliis denique appellationibus determinetur. Dico & generalem certi condictionem eſſe de omni genere certi, id eſt, de omni certo quod debetur & petitur, adeoque de omni mutuo. *Certi condictio*, inquit Ulpianus, *competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu*

 *certum*

*certum condicere &c. l.*9. *D. de Rebus cred.* At de certa pecunia numerata κατ᾽ἐξοχὴν dici & ſpecialiter appellari actionem , *Si certum petatur* , quia inter res caeteras pecunia numerata maxime certa ſit, *l.*3.*D.de In litem jurando*. Cujus ſcilicet publica ac perpetua aeſtimatio eſt, *l.* 1. *D. de Contrah. emt.* & per pecuniam res caeterae certae ſunt, id eſt, certam aeſtimationem habent, *l. cum ita* 42. *D. de Fidejuſſ.* ſecundum autem praecepta Philoſophiae quam noſtri (quantum arbitror) non reſpuunt ; propter quod unumquodque tale dicitur, & ipſum magis tale eſſe intelligitur. Deinde id aperte probatur, *l.*1. *D. de Condictione triticaria*. Ulpianus, *Qui certam pecuniam numeratam petit , illa actione utitur , ſi certum petetur*. Probatur denique argumento deſumto ex Rubrica *Cod. ſi certum petetur* , ſub qua non aliae poſitae ſunt leges, quam de mutuatitiis pecuniis. Si rubrum (ut dicitur) convenit nigro, id eſt, Titulus cum ſuis legibus : conſequens eſt actionem ſi certum petatur , proprie ac ſpecialiter dici & eſſe de mutuatitiis pecuniis, ut condictio certi generaliter dicitur de omni certo. Rogo quis proprie & accurate loquendo, dicat actionem rerum amotarum eſſe actionem ſi certum petatur ? Recte vero dixerit certi condictionem eſſe! *l.ſi concubina* 17.§.*non ſolum* 2.*D.Rerum amot.*ergo condictio certi generalis eſt, actio ſi certum petatur , ſpecialis . Itaque in Rubrica illa Digeſtorum *De rebus creditis, Si certum petatur , Et de condictione* apparet verba illa priora generalia eſſe : media vero *Si certum petatur* ſpecialia : poſtrema denique iſta *Et de condictione*, generalia & de omni condictione . Neque vero novum eſt ut ſpecialiter quibuſdam deſignatis , generale ſubjiciatur verbum quod & ſpecialia complectatur, *l.Si ſervus ſervum* 27. §. *& non negat* 16. *D. ad l. Aquil.*

## DISPUNCTIO XVI.

An ſocius omnium bonorum pecuniam propriam alienare poſſit.
*E T*
An in ſpecie *l.Si ſocius* 16. *D.de Reb. cred.* contracta fuerit ſocietas univerſorum, vel partis bonorum?

DUas hic proponit Merillius quaeſtiones, variationem unam Cujacio adſcribit. Antequam autem ad primam quaeſtionem

nem venio, quam videtur aliud quiddam agendo Merillius expedire, placet quaerere, An ſocius omnium bonorum rem propriam habere poſſit; Nam quomodo propriam habeat, cujus pars etiam ſocii ſit? Seneca *lib.*7. *de Benef. cap.* 12. *Non ſic mihi cum amico communia omnia ſunt, quomodo cum ſocio, ut pars mea ſit pars illius*. Sic communem libertam alterius patroni nuptias invitam retinere, ſi ab hoſtibus captus eſſet, Jabolenus exiſtimabat, quia non proprie videretur ejus liberta, quae etiam alterius patroni liberta eſſet, *l. illud* 46.*D.de ritu nupt*. Sed verius eſt ut ibidem Ulpianus ait, libertam alicujus negari non poſſe, licet alterius quoque ſit: & ut res plurium ſit, non ideo minus dominium quiſque partis ſuae habere intelligitur, *l.* 1. §.6. *D.ad SC.Silan.* licet juris tantum intellectu, non diviſione corporis obtineat, *l.Maevius* 66.§.*ſed ſi pars* 2.*D.de Leg*.2. Et cum pars proprie dicatur quae pro indiviſo eſt, *l.Recte* 25. §.*Quintus Mutius* 1.*D.de Verb.ſignif.* negandum non eſt ſocium omnium bonorum, & partem pro indiviſo, & proprium aliquid habere. Neque hoc tantum in ſpecie certa, puta in fundo vel homine obtinet, ſed etiam in quantitate ſive pecunia numerata. Nam ſive quis ſingula corpora nummorum cogitet, partem in eis pro indiviſo ſocii habent, ſive non corpora ſed quantitatem, aeque quiſque ſociorum partem ſuam in quantitate habere intelligitur, *l.Si is cui nummos* 94.§.1.*D. de Solut.*

Itaque ad quaeſtionem primo propoſitam, affirmative reſpondendum eſt, ſocium omnium bonorum pecuniam propriam alienare poſſe. Quod aperte confirmat Papinianus *d.l.*94. §.1. his verbis, *Sin autem communes nummos credam aut ſolvam, confeſtim pro parte mea naſcetur & actio & liberatio; ſive in ſingulis nummis communionem pro indiviſo quis eſſe intelligat, ſive in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem*. Qui locus citatur ab Ulpiano, *l.Nam & ſi fur* 13. §.2.*D.de Reb.cred.* *Nam*, inquit, *etſi communes nummos credidero centum, poſſe me* 50.*condicere, Papinianus lib.* 8. *Quaeſtionum ſcribit, etiamſi ſingula corpora communia fuerint*. Quibus verbis vera dubitandi ratio continetur, ab ea quam comminiſcitur Merillius, valde aliena: & cum ſit haec dubitandi ratio promiſcua & communis omni ſocietati, id eſt, tam certae rei, quam totorum bonorum: mirum ſit, de ſocio omnium bonorum quaeſtionem proponi potius quam de

ſocio unius rei. Nec dicat Merillius de ſocio rei unius ideo ſe non quaeſiviſſe, cum extra ſocietatem res proprias eum habere maniſeſtiſſimum ſit, in quibus non caderet quaeſtio: cum vel fatente eo, & rerum omnium ſocius (nedum ſecundum ea quae ſupra diximus) res proprias habere poſſit.

Ex his vero facilis eſt deſcenſus ad alteram quaeſtionem, An in ſpecie *d. leg.* 16. *D. de Rebus cred.* contracta fuerit ſocietas univerſorum, vel partis bonorum? in qua, quis non perſpiciat, nihil intereſſe utrum dicatur? cum utroque poſito, eadem ſit dubitatio, eademque decidendi ratio. Textus eſt, *Si ſocius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam facit, licet caeteri diſſentiant: quod ſi communem numeravit; non alias creditam facit, niſi caeteri quoque conſentiant, quia ſuae partis tantum alienationem habuit*. Duae ſunt partes hujus legis, & duae igitur ſpecies. Prior haec eſt: primus, ſecundus, & tertius, ſimpliciter coïerunt ſocietatem, quo genere quaeſtuum dumtaxat ſocietas intelligitur contracta, *l.7.D.pro Socio*: vel certae alicujus negotiationis, puta emendorum vendendorumque mancipiorum. Finge dictum eſſe in contrahenda ſocietate, ut pretium diſtractorum ſervorum a nullo ſociorum foenori daretur: Primus non conſentientibus aliis ex pretio diſtractorum aliquot mancipiorum quod erat trecentorum, centum duntaxat, id eſt, partem ſuam mutuavit. Quaeſitum eſt an haec centum credita fecerit? Paulus reſpondit, feciſſe credita. Movere poterat; quod etiam in illis centum ſecundus & tertius jure ſocietatis communionem haberent. At ratio decidendi eſt, quod vel juris intellectu, centum illa, pars fuerit ejuſdem primi, cujus quidem partis vere dominus fuit. *d.l.*1.§.6.*D.ad SC. Silan.& d.l.*66.§.*Sed ſi pars* 2.*D. de leg.*2. Finge ex diverſo, primum, ſecundum, & tertium, univerſorum bonorum ſocietatem contraxiſſe, & ex pecunia communi partem tantum ſuam Primum erogaſſe; eadem plane ſequentur, ut ex iis liquet, quae *principio hujus capitis* demonſtravimus. Itaque perinde eſt ſpeciem ponere in ſociis totorum bonorum ac in ſociis alicujus negotiationis.

At, (quae ſecundae partis ſpecies eſt) finge non partem, ſed communem pecuniam totam Primum inconſultis ſociis crediđiſſe: An creditam effecit? Minime vero; quia ſuae partis tantum alienationem habuit. Notanda ſunt haec verba *quia ſuae par-*

*partis* quibus ſcilicet edocemur pecuniam illam totam fuiſſe communem : quod alieniſſimum eſt à ſpecie quam fingit Merillius , cum ait ſocium de quo hic agitur omnium bonorum fuiſſe ſocium & tamen propriam pecuniam habuiſſe , puta ſi poſt contractam ſocietatem ex legato aliave cauſa aliquid ei obvenerit, necdum ſociis communicaverit : haec , inquit , non communicantur , adeoque fuerunt ſocio propria . . Verum eſt hoc quidem Merilli ! ſed ad rem an ſit, & tibi patrocinetur ? liceat expungere . Diſpice vero tu ipſe quam male conveniat haec ſpecies & tota tua ratiocinatio verbis illis , *quod ſi communem numeravit* : & iſtis *ſuae partis tantum alienationem habuit* . Negas communem pecuniam , Juriſconſultus dicit communem : Idem Juriſconſultus agnoſcit creditam pro parte tantum ; tua ratio facit ut in totum credita ſit . Quid reſtat ? quo te eripias ? Dicas forte non toti legi ſed initio legis tantum te ſpeciem adfingere ; ſed fuge hoc dicere , ne audias intempeſtivus monitor, ſcilicet qui propoſita ſimpliciter quaeſtione an in ſpecie *d.legis* 16. contracta fuerit ſocietas omnium bonorum ? unicam ſimplicius ſpeciem poſuiſti , mox dicas te ſpeciem illam tuam reſtringere ad partem unam . At Cujacius idem ſenſit ! Non ego , quid ille hoc loco , ſed quid tu Merilli doceas , inquiro & noto .

Sed de Cujacii variatione quaerere penſum noſtrum eſt: hoc agamus . *Libro* ille 23.*Obſerv.cap.*27. adfinxit ſpeciem *dictae legi* 17.*D.de Reb. cred.* in ſociis non omnium bonorum : At *libro* 32. *Pauli ad Edictum* , ſpeciem poſuit in ſociis omnium bonorum : ergo variavit . Reſpondeo Cujacium *dicto lib.*32.*ad Edictum* non ſimpliciter ponere ſpeciem in ſociis totorum bonorum , ſed in omnibus ſociis , verba ejus ſunt , *ut ſi ſint tres ſocii certae negotiationis vel etiam omnium bonorum &c.* Noli igitur Merilli hunc locum ita obſervationibus opponere , ut quidquam contrarium habeat , licet uberiorem explicationem contineat . Jam hoc inter nos ut exiſtimo tranſactum , plus minuſve de eadem re variis locis dictum , variationem non facere .

DIS-

# DISPUNCTIO XVII.

An *lex Vinum* 22. *D.de Rebus creditis*, referenda ſit ad condictionem certi, vel ad condictionem triticariam?

L*Ex vinum* 22. *D.de Reb.creditis*. ait, *Vinum quod mutuum datum erat, per Judicem petitum eſt: quaeſitum eſt, cujus temporis aeſtimatio fieret, utrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res judicaretur? Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc cum petitum eſſet, &c.*

Interpretes quaerunt qua actione vinum petitum ſit? an triticaria quae de aeſtimatione eſt, an condictione certi? Quaeſtio & lex cui hodie non nota? quae diatribae eam non habent? tam eſt in diſputationibus ſcholaſticis frequens, quam vini uſus quotidianus. Et quod ait Cujacius temulentos pleraque ad eam ſcribere quoſdam Interpretes, non auſim ipſe dicere: ſed ira permotum adeo virum alias fortiſſimum mihique nunc & olim amiciſſimum in ea agitanda, dum ſuam ratam eſſe vult opinionem, aliquando infenſum ſenſi, ut cum duriuſculum aliquid & forte ſubcontumelioſum arbitrio ſuo oblocutus eſſem, ſubinde ab eo vapularem & quaſi temulentus ego ob impactum non perfunctorie ſane colaphum viderer mihi videre micantes igniculos, ſtellulaſque media luce diſcurrentes: quae tamen apud me caſtigatio non tantum effecit, quantum bona ratio potuiſſet. Nefas id vereri de Merillio, cujus nec tela eminus feriunt, neque animus ut puto ſine cauſa excandeſcit.

Aſt illi me mea ſors opponit, ut & *hoc capite* cenſeam nulla cum ex parte ſtare cum Cujacio, & in *d.l.vinum* 22. judicium coepiſſe a certi condictione, mutatumque ſubinde vel temperatum adjectione formulae triticariae. Et vero cui certum debetur ex mutuo vel ſtipulatione, ille non niſi ſtricta actione petere poteſt: & quemadmodum aliud pro alio invito creditori non ſolvit debitor, ita nec a debitore aliud pro alio pura intentione petere creditor poteſt. §.*ſi quis aliud pro alio* 35. *Inſtit. de act. l.* 2. §.1. *D.de Reb.cred.* Quis adeo imprudens eſt qui cum frumentum debeatur, pecuniam petat? inquit Tullius *Verrina* 3. *cap.* 82. At

tri-

triticaria condictione non petitur quod eſt in obligatione: Igitur in ſpecie *d. legis Vinum* 22. ab initio, triticaria actum non eſt. Lex ait *Vinum petitum eſt*: formula igitur fuit haec, *Si paret adverſarium vini amphoras tot, dare oportere*. Vinum autem non habente debitore, nec valente ejuſdem bonitatis qua ei datum erat reddere, communi conſenſu ad triticariam ventum eſt: vel ab initio formulae condictionis certi, creditor hanc clauſulam adjecit, (niſi mallet reus aeſtimationem ſolvere) quomodo uſu forenſi hodie (*le demandeur conclud au payement de telle quantitè de bled, vin, &c. & ſubordinement, ou ſi mieux n'aime le deffendeur en payer l'eſtimation, au dire de gens à ce connoiſſans*) quod auctoribus noſtris eſt, (boni viri arbitratu vel officio judicis.) Hic eſt uſus fori, qui cum fere totus ex jure Romano prodierit, multum etiam ei intelligendo conducit: ut juſtiſſime indignentur quidam, non invitari forenſes homines ad capeſſenda ſtudia noſtra, quomodo ex ſapientibus plerique olim, a rerum adminiſtratione feliciter ſeſe ad contemplandam rerum naturam tranſtulerunt, quod de Thalete ſcribit Diogenes *lib.*1. & de Pythagora, Democrito, & Anaxagora, Marcus Tullius *lib.*3. *de Oratore cap.*15.

Ex his apparet in ſpecie *legis Vinum* 22. potuiſſe agi certi condictione, mixta ſeu temperata formula adjectione triticariae formulae, vel certe confeſtim immutata & emendata intentione ex conſenſu, & maxime id deſiderante debitore, & judice ad id ſeſe accommodante, ut apud Ciceronem *lib.*3. *in Verrem cap.*82. *Nemo*, inquit, *initio fuit tam impudens, qui cum frumentum deberetur, pecuniam poſceret. Certe hoc ab aratore profectum eſt, aut ab ea civitate cui imperabatur, cum aut frumentum vendidiſſet, aut ſervare vellet, petivit in beneficii loco & gratiae, ut ſibi pro frumento, quanti frumentum eſſet, dare liceret: ex ejuſmodi principio atque ex liberalitate atque accommodatione Magiſtratuum, conſuetudo aeſtimationis introducta eſt*. Neque aliter Cujacius uſquam.

Imo inquit Merillius, ad lib.4. Juliani ex Minicio, Cujacius ait vinum in *hac l.*22. petitum fuiſſe condictione triticaria, vel condictione certi & factam eſſe aeſtimationem vini (quod notandum) in condictione certi. Aliter vero idem Cujacius, *tractatu* 3. & 8. *ad Africanum*. Nam (inquit Merillius) *in l. centum*

*Capuae 8. D.de Eo quod certo loco. laudata lege Vinum* 22.& aliis quibuſdam, accipiendas eas eſſe ait de condictione triticaria, non de condictione certi.

Nego vero, Merilli, haec verba, quae tu nimis audacter & leviter profers, protuliſſe Cujacium, *factam eſſe aeſtimationem vini in condictione certi*. Ne igitur imponamus illi, & fateamur & agnoſcamus ingenue, ubique Cujacium ſenſiſſe vel ab initio actum eſſe triticaria ex conſenſu debitoris, vel condictione certi quae tandem ad triticariam redacta fuerit fatente reo ſe debere, & in confitentem ceſſantibus judicis partibus. Proferam tibi alium ejuſdem Cujacii locum, *lib. 2. definitionum Papiniani*, in *l.* 28. *D.de Novat.* ubi duplex ſtipulatio proponitur, una fundi Corneliani, altera aeſtimationis ejus: Ex utraque, inquit Cujacius, agi poteſt, quia ceſſat novatio; hoc tantum intereſt quod ex priore ſi agatur condictione triticaria ad aeſtimationem ſcilicet, puta ut ſi non fundus qui ſtipulatione continetur, ſaltem fundi aeſtimatio praeſtetur, ut *l. vinum* 22. Nota illa verba, *ut ſi non fundus*, quae omnino confirmant eum quem ſupra diximus uſum eſſe forenſem,& inſtituendis actionibus aptiſſimum. Obſerva denique, nil tale cenſere Cujacium, in condictione certi, rei petitae fieri aeſtimationem.

Hic opportune ſubjiceretur quaeſtio, An cum res petitur condictione triticaria, aeſtimatio fieri debeat ex litis conteſtatae tempore? ſed cum eam Merillius rejicit in *caput* 22. Nos qui eum aequis (hac in re) paſſibus ſequimur, & eo loci conſequemur. Nec mihi nunc tamen temperabo, quin quod Merillius hic omiſit, admoneam (qui tamen hic antevertit ſcribere aliter fieri aeſtimationem rei debitae in bonae fidei judiciis, aliter in ſtrictis, ſcilicet in his ex tempore petitionis, in illis rei judicandae: ) & dicam differentiam petendam eſſe ex formularum diverſitate.

In bonae fidei judiciis formula totum ad arbitrium judicis negotium refert ut tanti damnetur debitor,quanti judici aequum videbitur tunc cum rem judicabit: in ſtrictis autem judiciis, formula tempus praeſens, id eſt, ipſum petitionis in jure tempus reſpicit, ſi non dies & locus obligationi adjectus ſit.

DIS-

# DISPUNCTIO XVIII.

## De diſtinctione jurisjurandi in voluntarium, neceſſarium & judiciale.

Rubrica tituli Digeſtorum *de Jurejurando*, triplex facit juſjurandum: voluntarium, neceſſarium, & judiciale. Graeci paulo aliter ſi verba ſpectes qui ſcripſerunt *περὶ ὅρκου ἐπακτοῦ καὶ ἀντεταγομένου καὶ δικαστικοῦ*. Certe quodnam ſit voluntarium a nullo pleniſſime demonſtratum vidi. Nec Cujacius *ad lib.*5.*Sententiarum Pauli tit.* 32. ( quidquid objiciat Merillius ) voluntarium definivit praeciſe ac nominatim, ibi enim hoc tantum habet neceſſarium jusjurandum ex conventione proficiſci, ſicut & voluntarium. Nec *in Obſervationibus lib.*12.*cap.*35. ubi promiſcue voluntarium aut neceſſarium jusjurandum dici ait, quod a parte delatum eſt: nec diſtinguit in judicio, an extra judicium. In Paratitlis autem Digeſtorum aperte quidem tradit voluntarium jusjurandum eſſe, quod a parte defertur in judicio, vel extra judicium, neceſſarium vero quod refertur, nec ibi tamen demonſtrat quare ita denominetur. Non igitur palam ſibi oblocutus eſt Cujacius in operibus quae ipſe edidit. Reſtat igitur ut Merillius cuniculos ſuos repetat, & ex Poſtumis probationes petat, id eſt, ex praelectionibus ab ipſo Cujacio praelis mandari vetitis, quas ſi valere contra Cujacium Merillius ſtatuit, pene eſt ut & legata valere dicat relicta nedum in Codicillis teſtamento non confirmatis, ſed etiam prohibitis. Age vero quid profert? Locum ex praelectione quadam ad *l. Jusjurandum* 17. *D. de Jurejurando* lib. 18. Pauli ad Edictum. *Aliud autem eſſe neceſſarium quod ſcilicet, ut Graeci rectius interpretantur quam Latini, pars parti defert in judicio: quod & ex conventione, nimirum ex placito litigantium quodammodo proficiſcitur, maxime ſi ſuſcipiatur ab eo cui defertur.* Et poſtea. *Et hoc jusjurandum neceſſarium dicitur, quoniam Praetor ut Edicto profitetur, eum cui pars detulit jusjurandum, aut ſolvere aut jurare cogit, videlicet ſi nolit referre, l.*34.*§. ait Praetor* 6.*D. hoc tit. de Jurejur.* Ex his verbis, an aliud elicias quam quod eſt ad *lib.* 5. *Sententiarum* Pauli & *in Obſerv. libro* 18.*capite* 35.? Non ſane. Quae tua igitur Merilli objectio hic?

hic? Nolo diſſimulare: Merillius omiſit quod ſuae cauſae longe magis patrocinabatur. Praeterea enim Cujacius ad *d.l.*17. *de jurejur.*lib.18.Pauli ad Edictum, habet; *Jusjurandum ex conventione partium extra judicium deferri, nec referri poſſe*: Jusjurandum igitur voluntarium referri non poſſe: aliud autem eſſe neceſſarium quod ſcilicet pars parti defert in judicio. Sed velim etiam animadverti eo loci, non plane inficiari Cujacium, neceſſarium jusjurandum aliqua ratione voluntarium eſſe, cum ait *ex conventione & ex placito litigantium proficiſci*. Ut quid Accuſator non objiciebat & commentationem ad *leg.*1.*Cod.de reb.cred.*?

Nunc quid ex ſuo jecore promat Merillius, videre liceat! *In iſta*, inquit, *Graecorum & Latinorum varia diſtinctione triplicis jurisjurandi, probarem magis*, *&c.* An fuit apud Graecos & Latinos varia diſtinctio jurisjurandi? Secundum te quidem Merilli non fuit varia diſtinctio, ſed varia interpretatio. Initio quidem hujus capitis ſcripſiſti, non modo Graecos interpretes a Latinis, ſed & Graecos inter ſe & Latinos inter ſe quoque diſſenſiſſe; Graecos in Ecloga Baſilicῶν, *lib.*22. *tit.*5. aliter diſtinguere: aliter Balſamonem in *Nomocanone* Photii *tit.* 13. *cap.* 18. ubi quatuor jurisjurandi ſpecies conſtituit. Mox rem omnem repetens: *In iſta*, inquis, *Graecorum & Latinorum varia diſtinctione triplicis jurisjurandi, probarem magis voluntarium eſſe quod defertur extra judicium*. Haec non diſtinctio varia, ſed (ſi mihi ſana mens eſt) interpretatio eſt. Quid igitur ais, *in iſta varia diſtinctione*? Deinde, quid facis Balſamonem aliis Graecis adverſum quod 4.jurisjurandi ſpecies, (imo quinque) conſtituerit? An non & alii pariter Graeci ultra ſpecies jurisjurandi litis deciſorii, agnoverunt ſpecies illas jurisjurandi in litem, & juramenti calumniae? περὶ συκοφαντίας. *Eclog.libro* 22.*in ipſo tit.* περὶ ὅρκου, &c.Et *cap.*32. Et *titulo ſequenti*, περὶ ὅρκου ἐκδικουμένου. Ergo in diſtinctione Graeci minime inter ſe diſſenſerunt. Sed nec Latini profecto. In interpretatione autem, quaeſo te Merilli, quid habes quo Graecorum inter ſe diſſenſionem probes? Sperabam aliquid, fruſtraſti me.

In re ſatis perplexa atque incerta, dum cuique licet eſſe ingenioſo; Merillio videtur in tanta opinionum varietate, voluntarium jusjurandum eſſe quod defertur extra judicium: *Quia*, inquit, *nemo jusjurandum ſibi delatum extra judicium, ſuſcipere*,



Digitized by Google

*re*, *aut referre cogitur* : *ergo voluntarium eſt* . Mihi contraria longe reſedit opinio . Et quia coepi me immiſcere honeſtiſſimorum hominum gregi, audacior factus jam audebo nova proferre, & aliquid obſervare . Hoc cenſeo , voluntarium & neceſſarium jusjurandum inter ſe diſtingui ab effectu : Et ſpecies omnes quae de jurejurando tractant ſive voluntario ſive neceſſario , non eſſe de interponendo , ſed de interpoſito : his porro conſequens eſſe, illud omne neceſſarium eſſe jusjurandum , cui neceſſario ſtandum ſit , ac proinde neceſſarium eſſe id quod etiam extra judicium delatum ſit atque interpoſitum . Et vero cum dicunt Jureconſulti delato jurejurando finiri litem , hoc intelligimus , delato & praeſtito : omni enim modo cuſtodiri debet, *l.qui juraſſe* 26. *D.de Jurejurando* . Ita *l.*1.*Cod.de reb.cred. Cauſa* , inquit , *jurejurando ex conſenſu utriuſque partis* , *vel adverſario inferente* , *delato & praeſtito* , *vel remiſſo deciſa* , *nec perjurii praetextu retractari poteſt* . Haec verba *ex conſenſu utriuſque partis* , referenda ſunt ad jusjurandum tam delatum,quam relatum,vel certe ad extrajudiciale . Haec autem *vel adverſario inferente* , ad id quod in judicio delatum eſt . Reliqua legis neceſſitatem utriuſque demonſtrant. Quod delatum eſt in judicio, utique poſtquam interpoſitum eſt , neceſſitatem habet : & ideo nocere dicitur ei qui detulit , *l.*7. §. 7. *D.de publiciana in rem act.* Extra judicium quoque interpoſitum , non minorem auctoritatem ac neceſſitatem habet : Nam delata extra judicium conditione jurisjurandi & conventioni & religioni ſtandum eſt , aeque ac ſi in judicio juratum ſit , *l.in duobus* 28.§.*ult.D.hoc tit.de Jurejurando. l.ſi deferente* 13.*D.Quibus modis pig.vel.hypotheca ſolvitur* . Tantam habet neceſſitatem id quod delatum eſt , quantam illud quod eſt relatum , §. *ult. Inſtit.de fideicom.* & multis caſibus jusjurandum defertur tantum, non etiam refertur , *l.*12.& 13.*D.Rerum amot.* Et plerumque ſatis habent Auctores noſtri caſum unum notare ut & alius intelligatur , *l.*6.§.4.*D.de Iis qui not.infam.* & §.5. *Inſtit.de exceptionib.*

Itaque duae ſpecies Jurisjurandi non ſunt , delatum , & relatum : ſed potius una ſpecies , quae habet duos caſus , ut dicitur de illa conditione , ſi viginti dederit aut juraverit , *l.* 26. *D. de Condit. & demonſt.* Et inde ſequitur litis deciſorium non eſſe triplex , ut eſt creditum hactenus ab omnibus , ſed duplex tantum,

tum, Neceſſarium ſcilicet & Judiciale: Indeque Auctoribus noſtris aſſiduum eſſe, haec duo tantum genera conjungere ac commemorare. Rem tibi novam nuntio Merilli; Enimvero deſinet eſſe nova magnanimis & veri amantibus, qui vim legum attendent, ut *legis* 1. *D. hoc tit. Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controverſiae*. En tibi duplex tantum jusjurandum, conventionale ſcilicet, & judiciale. Item *legis* 31.*D.eod.tit. Admonendi ſumus*, inquit, *interdum etiam poſt jusjurandum exactum, permitti conſtitutionibus ex integro cauſam agere*. & infra. *Sed conſtitutiones locum habent cum a judice quis abſolutus ſit. Solent enim ſaepe judices in dubiis cauſis exacto jurejurando, ſecundum eum judicare qui juraverit. Quod ſi alias inter ipſos jurejurando tranſactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare*. Hic differentia notatur utriuſque ſpeciei: quod ſcilicet ex conſtitutionibus, judiciale jusjurandum nonnunquam retractari poſſit, conventionale autem non poſſit. Ergo quod eſt conventionale, id ipſum neceſſarium eſt, ſive delatum ſit, ſive relatum. Neceſſarium igitur unam ſpeciem facit, alteram, judiciale. Quod ſi ita eſt; ubinam tertia? Quodnam eſt voluntarium jusjurandum? Dicam illud eſſe quod ultro datur ab eo qui ex mera voluntate irrequiſitus, id eſt, non delata conditione jurat: de quo dubitari potuit, an vim aliquam haberet, argumento *l. Si ſine* 9.*D.de Interrogat.* ubi qui ſponte interrogatus dixit ſe haeredem eſſe, pro interrogato habetur. Et fortior dubitandi ratio fuit propter religionem, quae ſemper aliqua eſt, etiam in eo qui nemine deferente juravit. Quo pertinet *lex Ait Praetor* 3.*in princ. hoc tit. de Jurejurando.* in qua opponitur tale Jusjurandum Neceſſario jurijurando, id eſt, ei quod delata conditione juratum eſt: Ulpianus, *Ait Praetor (ſi is cum quo agetur conditione delata juraverit) Nec fruſtra adjicitur (conditione delata.) Nam ſive reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur, ſibi enim juravit*. Et tale jusjurandum ſponte datum, dicitur ultro interpoſitum, *l. Si legatarius* 23.*D.de Dolo.* ultro, id eſt, ſine pactione. Seneca *Suaſoria* 7.*Merito hercules illo tempore vixiſti, quo Caeſar ultro te rogavit ut viveres, ſine ulla pactione*. Et Graeci ſatis intellexerunt ſpontanei

nei

nei hujus jurisjurandi nullum eſſe effectum, *lib.*22. *Synopſis Baſilic. tit. cap.* 1. *ὁ μηδενὸς ἐπάγοντος ὀμνὺς οὐκ ὠφελεῖται* Quapropter tentari poteſt & dici in gratiam eorum, Titulum illum ſuum *περὶ ὅρκου ἐπακτοῦ καὶ ἀντιπαγομένου καὶ δικαστικοῦ* de voluntario nil continere, ſed de judiciali tantum eſſe, ac de neceſſario, quod ut docent priora verba, delatum eſt vel relatum. Alias enim ſi *κατὰ πόδα* voluiſſent latinam Rubricam exprimere, promtiſſimum erat eis reddere imitando ut plerumque faciunt, *περὶ βολουμ-πταρίου καὶ νεκεσσαρίου* &c. vel ſua elegantia & *ἰδίῳ λόγῳ*, ſcribere *περὶ ὅρκου ὁμοτέου, εἴτε ἀναγκαίου εἴτε δικαστικοῦ*.

Ait Merillius, neceſſarium eſſe quod a parte parti defertur in judicio, vel refertur. Imo vero, ea de cauſa voluntarium dici deberet, quia ultro defertur: neceſſarium vero illud rectius diceretur quod relatum eſſet, propter referendi neceſſitatem. Papinianus, *Si jurejurando*, inquit, *delato, deberi tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem: recte de conſtituta agis. Sed etſi non ultro detulero jusjurandum, ſed referendi neceſſitate compulſus id fecero, quia nemo dubitat modeſtius facere qui referat, quam ut ipſe juret: nulla diſtinctio adhibetur, tametſi ob tuam facilitatem ad meam verecundiam ſubsecuta ſit referendi neceſſitas*. Ita Papinianus *l.*25.*§.*1.*D.de Conſtituta pec.* Ex qua plerique, voluntarii & neceſſarii jurisjurandi denominationem formant. Quibus (niſi ſuperior illa noſtra obſervatio ac demonſtratio potior eſſet) proclivius quam Merillio adhaererem.

## DISPUNCTIO XIX.

An ſpecies, *legis ultimae D.de Condictione cauſa data cauſa non ſecuta*, conſtituenda ſit in permutatione, vel alio contractu innominato?

Celſus in *l. ult. D.de Condict. cauſa data*, &c. ait, *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emtionis venditionis eſt, an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſecuta? in quod proclivior ſum. Et ideo ſi mortuus eſt Stichus*, &c.

Cujacius in omnibus quae edidit, Graecorum ſe ſententiae ſemper accedere teſtatus eſt, ut putaret quod illi: Permutationem

nem in *hac l.* contractam fuiſſe, quaſi pecunia non pro pretio Stichi, ſed velut res & merx aliqua pro re alia data & commutata fuerit. Merillius tamen & ex prioribus objicit commentarium ad *l.* 7. *D. de Pact.* quo loci contendit Cujacium Graecos rejicere. Imo vero: cum aliud quidpiam Cujacius ibi aſſerere tentat, tantum Graecis tribuere videtur, ut non obſcure ſignificet eorum auctoritate ſe retineri. Verba ejus ſunt. *Nec obſtat lex ult. de cond. cauſa data, in cujus caſu nec emtio, nec forte (ſi Graeci interpretes ferrent, qui me addubitare faciunt) permutatio contrahitur.* Eſt ne hoc Graecos rejicere? Conſule Auguſtinum, An ſtet ille contra Eccleſiam, qui audaculum aliquid prodere geſtiens, id ſe fatetur non audere, veritus Eccleſiae auctoritatem!

Multo minus moveor aliis locis Poſtumorum operum, in quibus praeterquam quod licuit ei ludere atque exercere ſe: ita tamen egit, ut Graecos nuſquam aperte (quidquid Merillius ei objiciat) rejecerit. Et certe, ad Papinianum (quod eſt opus ad ea quae Magiſter probavit proxime conjungendum) ſcilicet ad *l.* 17. *D. de Praeſcr. verb.* Graecos apertiſſime conſequitur. *Et ita,* inquit, *in l. ult. D. de Cond. cauſa data, ſi dedi tibi pecuniam non veluti pro pretio, ut mihi Stichum dares, permutatio eſt quaſi mercis cum merce: (non pecunia ſemper vice pretii fungitur, ſed etiam mercis:) & adjiciunt Graeci recte, eſſe permutationem.* Imo auſim affirmare, & lib. 33. ad Edictum Pauli, id eſt, *ad l.* 1. *D. de Rerum permut.* (quam l. recte Cujacius vindicavit illi libro 33.) & ad *Tit. Cod. de Rerum permut.* Cujacium a priore opinione non receſſiſſe. Quis enim non animadvertat totam eſſe plenam erroribus recitationem illam *legis* 1. *D. de Rerum perm.* ab illo loco col. 544. *& in hoc eſt labor.* & in *d. tit. Cod. de Rerum perm.*? In quo cum ſtatuiſſet Cujacius nihil intereſſe inter articulum *do ut des* & permutationem, eoque nomine Accurſium reprehendiſſet, quod putaret eo differre permutationem a tractatu ſive articulo *do ut des*, quo ſpeciem a genere; in calce tamen aliud plane colligat; ut non difficile quis ſibi perſuadeat (ſi modo diligens ſit in perluſtrandis & explorandis illis locis) magnam exceptorum indiligentiam fuiſſe in conſcribendis illis recitationibus, & magnam oſcitantiam eorum, quorum ſtudio fideique ut recenſerentur, concreditae fuerunt.

Merillius, magis probarem, inquit, permutationem non pro-

proponi in *d. l. ult.* Nam ( haec eſt Merilliana ratio ) ex permutatione datur actio praeſcriptis verbis : At ex negotio propoſito in *d.l.ult.* Celſus ait condictionem eſſe ob rem dati . Ergo tale negotium permutatio non eſt. Facile vero reſpondeat Cujacius, nec ſemper ex permutatione praeſcriptis verbis actionem eſſe : & certe non eſſe , ſi non interſit . Nam & alias ubi praeſcriptis verbis actio eſt, ſi non interſit , denegatur , & ſola condictio datur *arg. leg.* 5. §.4. *D.de Condict.cauſa data* , & *leg.*7. *D.de Praeſcript.verb.*

Tres alias rationes dediſſe ſe ait Merillius , *libro* 2. *ſuarum Obſervat.cap.*14. Expendamus & eas. *In permutatione* , inquit, *cum ab altera parte res tradita initium permutationi dederit*, *res quae contra dari debet* , *periculo eſt illius* , *cui dari debet* . At in *d.l.ult.D.de Condict.cauſa data* . *Stichus non perit Titio qui pecuniam dederat*. Ergo in *d.l.ult.* permutatio non proponitur . Huic argumento Cujacius, *lib.*23. *Obſerv. cap.*29. collatis iis quae edidit ad *l.ſi fundus* 33. *D.Locati. tract.*8. *ad Africanum* ita reſpondet , Stichum , qui dari debebat in ſpecie *d. l. ult.* perire dici ei cui debebatur ; quomodo & res perire dicitur ei cui debeatur , licet quod dederit repetat , ut in emtione venditione in caſu *dictae legis Si fundus* 33.*D.Locati*.

Secunda ratio eſt . In permutatione ſi rem alienam permutationis cauſa acceperim non prius agere potero praeſcriptis verbis actione, quam res evincatur , *l.*1.§.1. *D. de Rerum perm. l.ſi permutationis* 29. *Cod.de Evict.* At in ſpecie *d.legis ult.* ſervo alieno tradito mihi , necdum evicto , pecuniam condicere poſſum . Ergo permutatio non eſt . Poſſit quis negare propoſitionem : quae re vera non probatur *legibus* a Merillio *citatis* , ex quibus tantum hoc efficitur , evicta re permutata , eſſe locum actioni in factum , ſive praeſcriptis verbis ; non etiam hoc , non eſſe locum ei actioni niſi in caſu evictionis : nec Logicae artis praecepta tum hic , tum alibi ( & ſane per crebro ) ſervat Merillius : quod mihi ſatis nunc ſit dicere , eandem alioqui cauſam tuenti , ſed non iiſdem rationibus . Enimvero dico , etiam in permutatione aliquando locum eſſe ſoli condictioni , ſi vel ita velit compermutator , ut probat *l.*1.*Cod.de Rerum permut.* illo loco , *quod datum eſt* , *ſi hoc elegeris* , *cum ratione reſtitui poſtulabis* . Idemque probat *l.*4.5.& *pen.C.eodem tit.*



Digitized by Google

Tertia denique Merillii ratio eſt. In permutatione; ob non praeſtitam cautionem evictionis, res contra permutata non repetitur, ſed tunc ſolum cum evicta eſt, praeſcriptis verbis agitur. At in *d.l.ult.* pecunia, inquit, repetitur. Ergo in *d.l.ult.* permutationis ſpecies non verſatur. Ad hanc vero ratiocinationem, quis pro Cujacio non requirat probationem ejus quod dicitur, ob non praeſtitam cautionem, rem permutatam non repeti? Neque certe probatur hoc *d.l.*1. §.1. *de rerum perm.* quae cum dicat in factum actionem dari re evicta, non denegat repetitionem rei contra permutatae ſi non caveatur. In ſumma tribus caſibus a Celſo propoſitis in *d. l. ult.* non poterit agi praeſcriptis verbis, condictione ob rem dati recte agetur: & illi caſus a Celſo ideo proponuntur ut doceat, quantum ab emtione aliena ſit hypotheſis *dictae legis ultimae*, non ut a permutatione diſtare videatur.

Haec a me ita dicta ſint, quo doceam inefficacem adverſus Cujacium totam eſſe operam Merillianam: Neque vero ſentio permutationem eſſe in *d.l.ult. de condict. cauſa data*; ſed ob rem dati ſpeciem quae ut permutatio non eſt, quia non res pro re data eſt, ſed pecunia: ita neque emtio, quia dari utrinque convenit, id eſt, dominium transferri, quod abhorret a venditione: Nec dicam tamen abhorrere a permutatione, quaſi in eo conveniant emtio & permutatio ut putat & hic ſcribit Merillius (ſine lege tamen) & infra *cap.*28. ubi rem plenius excutiemus. Quod ſi quis mihi objiciat, quod ſibi non objecit Merillius, articulum *do ut des* eſſe permutationem, nec latius patere; ut contra Accurſium Cujacius probare nititur ex *l.*5. §.1. *D. de Praeſcr. verb.* Reſpondere mihi facile ſit, non probare *dictam l.*5. *do ut des*, ſimpliciter eſſe permutationem, ſed ſi *rem do ut rem accipiam*, hoc eſſe permutationem: ſi pecuniam do ut res mihi detur, hoc non eſſe permutationem, ſed ſpeciem ob rem dati, & nihil eſſe verius illa traditione Accurſiana, *do ut des*, genus eſſe ad dationem rei pro re, & dationem pecuniae pro rebus. Nec moveor ea objectione, pecuniam ut rem ſive ut ſpeciem in *d. l. ult. D. de condict. cauſa data*. non ut quantitatem datam eſſe. Etſi enim concedam non proprie pecuniam ut pretium datam eſſe, non concedam tamen non eſſe datam ut quantitatem: imo vero contendo datam eſſe ut quantitatem: & toto illo *titulo De condictione cau-*

*ſa*

*ſa data*, perinde eſt pecuniam datam eſſe, vel decem data eſſe, ut probatur *l.*3.*in pr.*§.5.6.*&* 7. *& l. ſi pecuniam* 5. *eod.Tit.*& tribus poſtremis *ll.Cod.eodem*. Sit haec regula Tituli *de condict.cauſa data*. Quoties pecunia datur ut quid fiat, vel ut quid detur; ſi non fiat vel detur, condictioni locus eſt. De faciendo ſunt pleraeque fere omnes leges ejuſdem Tituli: de dando maxime eſt illa lex ultima, quae tractatui abſolvendo omnino neceſſaria erat, & in qua verba illa *An nulla hic alia obligatio eſt quam ob rem dati, re non ſecuta? in quod proclivior ſum*. Liquido demonſtrant neque emtionem, neque permutationem proponi, ſed his admodum affinem ſpeciem, quae nihil aliud ſit, quam ob rem dati obligatio.

## DISPUNCTIO XX.

An pupillus naturaliter obligetur abſque tutoris auctoritate?

Est & haec quaeſtio de trivio ſcholae: de vetere carmine carmen, de quo & Merillius in ſuis *obſervationibus*, adeo ut crambem recoctam videatur apponere. Sed cum tam multa vulgo ad hanc quaeſtionem & ſcribantur & diſputentur, nec ſatis vera: non poſſumus & nos ut verum inveniamus, etiam non multa dicere & tractare. Regula eſt ex Licinii Rufini lib. 8. *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo nequidem jure naturali obligatur*, *l.*59. *D. de Oblig.& act.* Et ita in *l.*41. *D. de Condict. indeb.* Neratius, *Quod pupillus ſine Tutoris auctoritate ſtipulanti promiſerit, ſolverit, repetitio eſt: quia nec natura debet.*

Contra vero in *l.*21.*D.ad l.Falcid. Si pupillus cui ſine tutore actore decem mutua data ſunt, legatum a creditore meruerit ſub hac conditione ſi decem quae acceperit, haeredi reddiderit: una numeratione dicitur & implere conditionem, & liberari naturali obligatione*. Itemque in *l.*1.*D.de Novat.in fin. Qualiſcunque igitur obligatio ſit quae praeceſſit, novari verbis poteſt, dummodo ſequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter; ut puta ſi pupillus ſine tutoris auctoritate promiſerit.*

Hanc diſſidii ſpeciem varie varii conciliant. At unum eundemque Cujacium vult Merillius ita varium eſſe, ut nec uno quidem loco conſiſtat. Ait enim eum ad §.*Praeterea* 3. *Inſt.qui-*

*bus modis toll. oblig.* primo dicere, obligationem pupilli nullam eſſe, id eſt, nec civilem nec naturalem: mox ſine diſtinctione, pupillum naturaliter obligari. Textus Inſtitutionum eſt de novatione, qui quidem reſpondet *dictae legi* 1. *D. de Novat.* hiſce verbis. *Nam interventu novae perſonae nova naſcitur obligatio: & prima tollitur translata in poſteriorem, adeo ut interdum licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti ſi id quod tu Titio debeas, a pupillo ſine Tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit, quo caſu res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt.* Ad haec poſtrema verba, Cujacius in prioribus notis aperte ait, *ſi pupillus factus ſit locupletior jure naturali eum obligari.* In Poſterioribus, an contrarium? Admove aurem! *Nulla* (inquit) *obligatio eſt quia non civilis*, & addit, *naturalem tamen eſſe ponendum eſt.* Qua igitur Merillius fiducia, ſcribit Cujacium dicere nullàm nec civilem nec natúralem? Priore loco dixit naturalem eſſe pupilli obligationem, ſi locupletior eſſet factus, poſteriore, naturalem eſſe faſſus eſt: Qui utrobique naturalem agnovit obligationem, an is jure merito ſibi contrarius eſſe dici poteſt? Juſtius paullo Merillius magiſtrum notaſſet, quod dixiſſe videretur pupillum non civiliter, ſed naturaliter tantum fuiſſe obligatum; etiam locupletiorem factum: niſi quod *citata l. naturaliter* 13. *& l. ſeq. D. de Cond. indebit.* videatur Cujacius rem ad merum jus retuliſſe ſemota ratione Juris conſtituti, id eſt, conſtitutionis D. Pii in *l.* 3. *D. Commod.* Sed & aperte falſum eſt (quod dicere doleo) Cujacium *ad Tit. de verb. oblig.* ſcribere ſine diſtinctione, pupillum naturaliter obligari: ſic enim loquitur, *Itaque impubes mutuam pecuniam accipiendo, obligatur naturaliter aequitate & ratione naturali ſi ex ea factus ſit locupletior*: An hoc eſt ſine diſtinctione? Audio haereticos male audire, etiam ante aliquot ſaecula, quod ſcripturas proſcinderent, ut fruſtulatim productis authoribus, cauſam ipſi ſuam authoritatibus tueri viderentur. Clemens Alexandrinus *lib.* 7. *Stromatων* Ἐκλεγόμενοι τὰ ἀμφιβόλως εἰρημένα εἰς τὰς ἰδίας μετάγουσι δόξας, ὀλίγας σποράδην ἀπανθιζόμενοι φωνάς qua iniquiſſima conditione, nec leges civiles uti nos patiuntur in judicando & diſcernendo. At Merillium non piget etiam in accuſando!

Ergo in quaeſtione propoſita una perpetuaque fuit Cujàcii ſen-

ſententia , pupillum ſine tutoris auctoritate ante Reſcriptum D.Pii, non aliter obligari, vel naturaliter, quam ſi locupletior factus eſſet: poſt Reſcriptum, etiam civiliter.

Merillius autem non veretur (contra fidem initio pactam) Cujacium deſerere, & ignotorum magis opinionem probare. Alii, inquit, aliam diſtinctionem afferunt, pupillum pubertati proximum naturaliter obligari, licet locupletior factus non ſit, ſed remotum a pubertate, non aliter, quam ſi locupletior factus ſit; & hanc, inquit, diſtinctionem magis probarem.

Ego vero & authoritate carere puto ejuſmodi diſtinctionem, nec ſatis idonea ratione ſubnixam: carere dico auctoritate, quia in delictis tantum & criminibus, nec in omnibus, hanc diſtinctionem induxere juris auctores: ut cum Cajus dixit *pupillum qui proximus pubertati ſit, capacem eſſe furandi, & injuriae faciendae*, *l.*111. *D. de Reg. jur.* Et Ulpianus, *Actionem vi bonorum raptorum in impuberem non dari, qui doli capax non ſit*, *l.*2. *§.vi bonorum* 19. *D. Vi bonorum rapt.* Ratione etiam caret. Nam in negotiis civilibus atque adeo in commerciis exercendis, jus certum eſſe oportuit, & notas perſonas quibus certis ex cauſis commercio interdictum eſſet; cujuſmodi ſunt prodigi, furioſi, & his plerumque haud abſimiles impuberes; ne in ſingulis ſpeciebus adhibenda cauſae cognitio eſſet, an pupillus intellectum rei habuiſſet, ſatiuſque fuit certum tempus conſtituere, quo poſſent homines ſeſe adſtringere ſecundum aequitatem ſaltem naturalem, quod viderentur jam rerum non eſſe ignari, ut certa aetas definita eſt qua majores quaſi impleto virili vigore haberentur, *l.*1. *D. de Min.* & certa, qua homines, completa pueritia in publicum procederent, *l.*1.§.3.*D.de Poſtulando*. Contra in delictis, quia nec paſſim nec propalam, ſed raro & clanculum & in invitos perpetrantur, inquirendum merito fuit an ea perſona quae deliquiſſe diceretur, ejus aetatis eſſet in quam dolus malus caderet, imo & illud nonnunquam, an locupletior ex dolo facta eſſet, ut eſt in *l.Heredibus* 13.*D.de Dolo*. puta ſi dolum pupillus commiſiſſe diceretur in depoſito, *l.*1.*§.in pupillum* 15.*D.Depoſiti*.

At (inquit Merillius) pupillus pubertati proximus jam aliquem intellectum habere creditur & conſenſum ſuum in negotiis accommodare poteſt. *§.ſed quod diximus* 10. *Inſtit.de inutil.ſtipul.* Hoc placet: ſed ne in ipſa Juris principia impingamus, placet

etiam

Digitized by Google

etiam animadvertere loqui Juſtinianum de iis pupillis qui tutorum auctoritate freti ſunt, ubi de iiſdem obligandis agitur. Nec mihi reponat hoc ita eſſe in obligatione civili: nam & ego reſcribam fruſtra igitur adduci Juſtinianum: & denique de obligatione naturali idem proditum eſſe, *d.l.59. D.de Oblig. & act. & d.l.41. D. de Condict. indeb.* Nec iterum dicat Merillius, *d. l.* 41. Neratii eſſe, qui ex Proculejanis fuit, quaſi aliter in hac quaeſtione Proculejani, aliter Sabiniani definierint: enimvero ſupereſt *d.lex 59. D.de oblig.& act.* Licinii Rufini libro 8. Regularum juris, quarum Proculejani non ita boni obſervatores, Sabiniani e contra, vel te docente, Merilli, *lib.1.obſerv. cap.*3.1. ſi tibi credimus.

Equidem ſcio (& quis ignorat) aliter Sabinianos aliter Proculejanos pubertatem aeſtimaſſe: verum licet Caſſiani & Sabiniani pubertatem ex habitu corporis aeſtimaverint, non ſequitur in omnibus cauſis eam definitionem eos ſecutos eſſe: maxime vero in obligationibus, quarum ratio ſpectat aequaliter maſculos & foeminas: At pubertatem non pariter in utroque ſexu aeſtimabant. Nam verecundum Caſſiani exiſtimabant, in mulieribus habitudinem corporis inſpicere. *Inſtit. Quibus mod.tutel.finitur:* & impletis duodecim annis omnimodo puberes eas judicabant, *l.ult.Cod. Quando tutores vel curatores eſſe deſinant*. In virginibus quippe nubilis aetas habitum commonſtrat. Tertul. *de vel. virg. cap.* XI. *Ex quo ſe intelligere ceperint, & ſenſum naturae intrare, & de virginis ſenſu exire, & pati novum illud quod alterius aetatis eſt, poſt conteſtatam ſanguine maturitatem.* Graecis idem verbum παιδίσκη pubertatem & puberem foeminam ſignificat. Et Euſtath. ad *Iliad. N. fol.* 962. ubi recenſet ἡλικίας ἀνθρωπίνης βαθμῶν ὀνόματα βρέφος, παιδίον, παιδίσκος; tertio gradu locat, παιδίσκον. ὁ (addit) τῆς ἐχομένης ἡλικίας. unde Cyprianus in carmine *Sodom.*

*Sunt intus natae bijuges mihi, nubilis aetas;*
*Virginitas in flore tumet, jam dedita meſſi,*
*Digna cupido viris.*

Quae duodecim complevit annos, haec viro matura intelligitur. Virg. *lib.7.Æneid.v.53.*

*Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.*

Quaſi diceret, jam matura eſt viro, quia annos pubertatis implevit. Unde & Ovidius *lib.14. Metamorph.v.335.*

*Haec*

*Haec ubi nubilibus primum maturuit annis.*
Eſt enim ἐν ἡλικίᾳ ut ait Thucydides, ſcilicet ἐν ἡλικίᾳ τῆς ἀκμῆς ut Galenus ſcribit *lib.*1.*ad Glauc.* vel ut vice verſa S.Joannes Chryſoſt. *Homilia* 43.in Geneſim ἐν αὐτῇ τῇ ἀκμῇ τῆς ἡλικίας ubi & eleganter addit λαμπούσῃ τῇ ὥρᾳ.

In hoc argumento (ſi quod ſentiam dicere mihi liceat) dicam & poſt Reſcriptum D.Pii, ut & ante illud, naturalem aliquam eſſe obligationem pupilli ſine tutore promittentis vel accipientis, etiamſi locupletior non efficiatur: proindeque nec ſufficere diſtinctionem Cujacii, an locupletior pupillus &c. Et cum iuſtis rationibus Merillianam diſtinctionem improbaverim, neceſſario aliud inveniendum & aſſumendum, ſine quo legum capita nonnulla adeo futura ſunt adverſa, ut contra religionem omnem, ea vel nobiliore ſui parte qua laedant, decurtare cogamur, quod minus conſulte alii feciſſe videntur.

Statuo igitur, quoties pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate accepit ex qua non ſit factus locupletior, factum illud & naturalem numerationem conſiderandam eſſe dupliciter: vel ex cauſa praeſenti, vel ex cauſa quae futura eſt. Ex cauſa praeſenti, dico nullam ne naturalem quidem obligationem eſſe, quandiu pupillus in ea aetate eſt: ex cauſa vero quae futura eſt, dico naturalem obligationem eſſe veluti in ſpe, quam ſcilicet poſſit aliquando excitare factum aliquod, nimirum ſolutio quae poſtea fiat a pupillo pubere facto: ut non ſit diſſimilis ejuſmodi obligatio a quocumque fructu vel partu qui ſit in matre vel ſemente. Quod ſubtiliter admodum Papinianus demonſtrat, *l. Cum illud* 25. §.1.*D.quando dies legator. ced. Heres meus*, inquit, *Titio dato quod mihi Sejus debet: ſi Sejus pupillus ſine tutoris auctoritate nummos accepiſſet nec locupletior factus eſſet, & petitor ad praeſens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod ſi verbo debiti naturalem obligationem & futuram ſolutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quaſi tacite conditio inſerta ſit: non ſecus ac ſi ita dixiſſet, Titio dato quod pupillus ſolverit vel ſi legaſſet quod ex Arethuſa natum erit, vel fructus qui in illo fundo naſcentur.* Species eſt, Maevius Sejo pupillo pecuniam ſine tutoris auctoritate crediderat, quam pupillus ſtatim vel ludo, vel qua alia ratione perdiderat. Idem Maevius teſtamento ſuo, Titio per damnationem legavit

gavit quod ei Sejus deberet. Quaeritur an valeat legatum? Papinianus diſtinguendum ait, qua mente & cogitatione teſtator damnaverit haeredem, ut daret Titio, quod Sejus deberet: ut ſiquidem ad praeſens debitum verba retulerit, inutile ſit legatum: nota haec verba (*ad praeſens debitum*) Rationem reddit, *quia*, inquit, *nihil debet*: (ex eo intellige, non eſſe igitur pupillum locupletiorem factum) contra, ſi verbo *debiti* naturalem obligationem & futuram ſolutionem cogitavit, valere legatum, quaſi ſub conditione relictum: id eſt, ex eventu, ſi ſcilicet Sejus ſolvat, ut tunc petere poſſit legatarius. Ex qua proculdubio ſpecie manifeſtum eſt, non legis venuſtatem tantum, ſed omnem penitus quaeſtionem tolli, ſi ponamus quomodo vult Cujacius, locupletiorem pupillum eſſe factum. Et certe ſi locupletior pupillus factus erat, quare non ſtatim valuit legatum? quae dubitandi ratio in *hac lege* fuit? An illa Merillii, quod pupillus pubertati proximus non eſſet? Minime ſane: nam hac ratione ex poſtfacto legatum non convaluiſſet. Vera igitur ratio dubitandi fuit illa, quod ut ſpectato tempore pupillaris aetatis nulla interim fuit pupilli obligatio, ita nec legatum: ſpectato vero tempore ſolutionis & eventu rei, ut fuit aliqua obligatio quae non caruit effectu, ita & validum ſit legatum ejuſdem obligationis, inducta comparatione legati ita relicti, Titio dato quod pupillus ſolverit, & quod ex Arethuſa natum erit, ut in pendenti fuerit legatum, *l.videamus* 27.*D.de Liberat.leg.* ubi Triphoninus, *Nunquid ergo*, inquit, *in pendenti ſit an legatarius fuerit*, *perinde atque ſi qua alia cauſa ſpem legati dubiam faceret*? Licet igitur purum legatum eſſe videatur, tamen pendet ex conditione pupillaris obligationis quae ſi exiſtat ut committit (ſi ita loqui licet) obligationem: ita commiſſam transfert in legatum, arg.*legis quoties* 14. §. 1.*D. de Novat.*

Et ſane quemadmodum id quod eſt, poteſt ex conditione deſinere, quaſi omnino non fuerit, ut apparet in lege commiſſoria, *l.*1. *D.de Lege commiſſ.* quidni & id quod non eſt, poſſit ex eventu ita eſſe, quaſi jam olim ita fuerit? Nonne mutuum quod initio nullum eſt creditis puta alienis nummis, conſumtione poſtea fit mutuum? *l.*13.*D.de Reb.cred.* & dos profectitia quae non erat ab initio, ex eventu nonne fit profectitia? *l. pater filiae* 81. *D.de Jure dot.*

Atque

Atque his belliſſime congruit *lex Stichum* 95. §.*aditio* 2. *D. de Solut.* cum ait aditionem haereditatis pro ſolutione cedere creditori adeunti haereditatem pupilli, cui ſine tutoris auctoritate crediderat: qui ſi ejuſdem pupilli haereditatem reſtituere rogatus ſit, ſolidum quod ſibi debetur retinere poſſe dicitur; cum tamen dubitaretur an amplius quam quanto locupletior pupillus factus eſſet, retinere haeres idemque creditor poſſet: cum eatenus videretur conſiſtere obligatio naturalis ipſo jure, vel etiam civilis ex reſcripto D.Pii. unde apparet in textu rectiſſime legi *in ſolidum* ibi *non enim quanto locupletior pupillus factus eſt, conſequetur, ſed in ſolidum*. Verum deciſionis ratio eſt, quod in hac ſpecie creditor ſibi ſolviſſe videtur ex voluntate debitoris ſui, & ſecum penſaſſe quod ſibi debetur: aequiſſima eſt compenſationis ratio qua plerumque compenſantur, & retinentur quae peti non poſſunt, *l.ſi quid poſſeſſor* 31.§.1.*D.de Petit.haered.*Sed & aequum eſt haeredi aditionem pro ſolutione cedere, dum facile creditur teſtatorem ei ſolvere & reponere voluiſſe, cum ei quali quali obligatione teneretur. Eo etiam pertinet *lex ſi ejus* 64. *in pr. D. ad Senatusconſ. Treb.* quae docet fideicommiſſarium non repetere quod ſolvit ex obligatione naturali pupilli, cujus haereditas fideicommiſſaria ei reſtituta eſt, cum tamen pupillo ſine tutore creditum eſſet: translata ſcilicet in fideicommiſſarium naturali obligatione, quae ipſa ſolutione, naſcendi quodammodo & deſinendi cauſam nacta eſt, quomodo legatum aliquando perimitur, tunc cum vires accipit, & ut ita dicam incipit ut deſinat, *l.ſi fundum* 81.§.*cum ſtatuliber* 9.*D.de Leg.*1. & uſusfructus aliquo caſu cum moritur naſcitur, *l.ſicut* 3.§. *idem Papinianus* 2. *D. Quib. modis uſusfr.*

## DISPUNCTIO XXI.

An condictio furtiva adverſus haeredem furis tranſeat in ſolidum; An pro parte quae ad eum pervenit?

Quaeſtio haec pertinet ad interpretationem *legis* 9. *D.de Condict.furt.* in qua Ulpianus ita, *In condictione furtiva, non pro parte quae pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli*

*haeredes ſumus: pro parte autem haeres, pro ea parte qua haeres eſt, tenetur*. Theſis eſt ſecundum verba *legis*, Haeredem furis etiamſi ad eum nihil pervenerit, in ſolidum teneri ſi conveniatur furtiva condictione. Si plures ſint haeredes, pro portionibus haereditariis.

Ludunt in hac quoque Theſi noſtrates quotidie Juſtinianei; nec fugit eos quod Cujacius de ea, aliique & veteres & recentiores habent. Itaque ſciunt furem triplici actione teneri: poenali ſcilicet in duplum vel quadruplum aeſtimationis rei furtivae, ſecundum diſtinctionem furti manifeſti & nec manifeſti; quae quidem actio tota ad poenam eſt, & adverſus furem ut furem competit; Deinde condictione furtiva: quae licet poenalis non eſt ſed rei perſecutoria, in furem tamen ut furem datur, & maxime in odium furis comparata eſt, qua veluti per deridiculum, adverſus eum intenditur, ſi paret eum dare oportere id quod certum eſt eum dare non poſſe, cum dominus non ſit; quo genere videntur juris regulae adverſus eum contemni, qui jus gentium inter homines conſtitutum turpiſſime violavit. Poſtremo rei vindicatione: ſed hac non teneri ut furem ſed ut poſſeſſorem. Quod autem ad furis haeredem attinet, teneri quidem eum ut furis haeredem condictione furtiva (ſi paret eum dare oportere quod defunctus furto abſtulit.) Unde quaeſtio, An teneatur in ſolidum ſi ſolus eſt: an quatenus tantum ad eum pervenit?

Quid tandem Cujacius de ea quaeſtione? certum nihil, ſi credamus Merillio, qui facit eum ubique variantem. Nec enim tantum objicit ex poſtumis operibus commentarium *legis* 38. *D. de Reg.juris*, ſed ipſas quoque obſervationes, hoc eſt Magiſtri ἀποπλέσματα. Immerito ſane! *Libro* enim 7.*cap*.37. (quod pene totum hic habet Merillius) de quaeſtione nil ſtatuit ac decernit Cujacius: Tentat ac deliberat tantum: Verba ejus ſunt (quae pauca) cur non ſimul cum caeteris collegerit Accuſator? in promtu cauſa eſt; vaframentum prodidiſſent. *Quid eſt igitur quod ait d.l.*9.*In condictionibus ex cauſa furtiva, non pro parte quae pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli haeredes ſumus? hic ſane ad tempus ſubſiſtere libet*. *Libro* autem 13.*cap*.37. aperte ſententiam ſuam exprimit, & ait, Non dari in haeredem condictionem rerum furtivarum vel rerum amotarum, niſi lis fuerit conteſtata cum defuncto, vel rem haeres ipſe contrectet. Quam

diſtin-

diſtinctionem attulit & ad *l. 5. D. Rerum amot.* XI. quaeſt. Pap. & ſecundum eam diſtinctionem veriſimile eſt ediſſeruiſſe Cujacium ad *l.* 38. *D. de Reg. juris*. Itaque tribus hiſce locis cum idem ſentiat & doceat: *dicto* autem *lib.* 7. obſervat, nihil omnino definiat? quid eſt cur variationis poſtuletur?

Merillius cenſet condictionem furtivam in haeredem dari in ſolidum, ſine ulla diſtinctione, id eſt, ſive lis conteſtata ſit, ſive non ſit: ſive ſolidum quod furto ſubtractum eſt ad haeredem pervenerit, ſive ſolidum non pervenit: In quo mihi quidem cum Merillio convenit; at in caeteris, non aeque. Non in eo ſane quod nove admodum explicat illud *in ſolidum* quaſi dubitatio fuerit in *d. l.* 9. an condictio furtiva adverſus furis haeredem dari debeat in ſolidum pro parte haereditaria, vel tantum pro parte quae ad eum pervenit. Sed & (quod non cogitavit Merillius) rationem ſententiae noſtrae adeoque deciſionis *dict. legis* 9. omnino demonſtrandam eſſe putavi. Denique alia ratione occurrendum eſſe argumentis Cujacianis quam quomodo Merillius occurrit, exiſtimo.

Species igitur *d. l.* 9. duos caſus habet: primus eſt in uno ſoloque haerede, alter in duobus pluribuſve. Finge Titius centum nummos aut rem dignam centum Maevio ſubripuit. Eidem Titio haeres extitit ſolus, & ex illa ſumma, aut ex re illa furtiva quinque tantum ad me pervenerunt aut etiam nihil. Quaeritur an Maevio agenti mecum furtiva condictione, tenear in quinque duntaxat, an vero in ſolidam ſummam centum nummorum? Satis aequum videbatur, & juri conſentaneum ut in quinque tantum tenerer, quod hactenus tantum videretur eſſe apud me ex turpi lucro quod ſolet haeredibus extorqueri. *l. in haeredem 5. D. de Cal.* & ut ait Pomponius *Sicuti poena ex delicto defuncti haeres teneri non debet: ita nec lucrum facere, ſi quid ex ea re ad eum pervenit*, *l.* 38. *D. de Reg. juris*. AEque Ulpian. *Toties*, inquit, *in haeredem damus de eo quod ad eum pervenit, quoties ex dolo defuncti convenitur &c. l.* 44. *eod.* Lex tamen ait in ſolidum me teneri: cujus rei ratio reddenda eſt ea niſi fallor quam mox ſubjiciam. Finge rurſus, Titio furi non ſolus ego, ſed etiam ſecundus & tertius haeredes extiterunt: ſumma illa pro portionibus haereditariis ad nos pervenit, vel etiam non integra illa, ſed longe minor, aut etiam nihil omnino ad me, licet ad cohaeredes

meos aliquid pervenerit: quatenus tenebimur? Plana lex eſt. Pro ea parte qua haeredes extitimus. Ergo non pro parte quae pervenit: nam etſi nihil pervenerit, nihilominus tamen tenebimur.

In proponenda autem ratione dubitandi, Merillius. *Non abſque dubitatione eſt*, inquit, *an condictio furtiva adverſus haeredem furis dari debeat in ſolidum pro parte quae ad eum pervenit*. Quae doctrina haec? ἐξοτερικὴ, an ἀκροαματικὴ quae tibi duntaxat aut iis quibus arcana revelas tua, cognobilis ſit? ξύνετος μόνοις τοῖς ἑαυτοῦ ἀκούσασιν. Nam & cum tu duriuſculum videri poſſe praevideris hoc tuum dictum, mihi tale (nequid aliud dicam) viſum eſt. Nec utare in hoc, *l. Ad ea 157.* alias eſt, *l.197. §.2. D. de Reg. jur.* quae cum ait, *In contractibus ſucceſſores ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt, non tantum in id quod ad eos pervenit, verum etiam in ſolidum tenentur: hoc eſt unuſquiſque pro ea parte qua haeres eſt*; non id ſentit quod tu ſcribis; ſed opponit ſolidum, ei quod pervenit; & ne putet quis ſingulos haeredes in ſolidum teneri, explicatius ait ſingulos teneri pro parte qua haeredes ſunt; quaſi diceret omnes quidem ſimul haeredes in ſolidum teneri, quia omnes loco unius ſunt, id eſt, quaſi unus & ſolus haeres, ita tamen ut non omnes uno judicio & collective conveniantur, ſed ſinguli ſeorſim pro partibus haereditariis, juxta regulam juris antiqui, *l.1. Cod. ſi cert. pet.*

Porro deciſionis ratio in *d.l.9. D. Condict. furt.* (quae & ipſa ratio eſt opinionis ac interpretationis noſtrae) haec eſt, Quod ipſa contrectatione rei alienae fur ſe obligat dum ſe conſtituit in mora; adeo ut nec litis conteſtatio neceſſaria ſit, nec conventio, quae plerumque pro litis conteſtatione eſt *l. Conſtitutionibus 33. D. de Oblig. & act.* Ut litis conteſtatio eſt pro contractu, ita ipſa contrectatio pro litis conteſtatione, adeoque pro contractu eſt, *leg. ult. D. de Condict. furt.* Triphoninus, *Quia*, inquit, *videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, ſemper in reſtituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere*. Nam & ubi ex contractu & rei perſecutione dolus deſcendit, haeres tenetur in ſolidum: *l. ſi hominem 7. §. datur 1. D. Depoſit. Condictio rei furtivae quia rei habet perſecutionem, haeredem quoque furis obligat*, *l.7. §.2. D. de Cond. furt.* Hac ita conſtituta ratione, argumentis Cujacii & aliorum reſpondeamus.

Primum tale eſt, ſimilis eſt actio rerum amotarum furtivae con-

condictioni, utraque enim eſt ex delicto, hoc eſt, originem habet ex delicto, utraque rei perſecutionem continet: At rerum amotarum actio in haeredem non datur in ſolidum, ſed in id tantum quod ad haeredem pervenit. Ergo nec furtiva condictio. Ad hoc reſpondet Merillius, non eſſe idem delictum furtum facere, & rem amovere; levius coërceri uxorem. Non ego ita; nam etſi levius coërceatur uxor, idem tamen delictum eſt rem amovere & furari: Triphoninus, *Nam veritate*, inquit, *furtum fit, etſi levius coërcetur mulier*, *l.pen. D.Rerum amotarum*. Fatebor itaque & in actione rerum amotarum haeredem ſi unus eſt, in ſolidum teneri; & ad *l.illam ultimam*. *Cod.rerum amot.*dicam illa verba *ſucceſſores teneri in quantum ad eos pervenit* ſignificare pro partibus haereditariis.

Secundum argumentum ſumitur ex *l.*6. §. *item haeres* 4.*D. Rerum amot.* Ubi dicitur, *haeredem mulieris ex cauſa rerum amotarum teneri, ſicut condictionis nomine ex cauſa furtiva*. Ad quam Merillius reſpondet, verbum (*ſicut*) denotare tantum ſimilitudinem in eo, ut utraque actio in haeredem detur. Verum dico hoc argumentum a primo non differre, ſed niti eodem medio; Nam ita debet aſſumtio procedere? Atqui rerum amotarum actio non datur in ſolidum, ſed quatenus pervenit ex *d.leg. ult. Cod.Rerum amot.* Quae aſſumtio neganda, & ad illa verba *d.legis ult.in quantum ad eos pervenit*, adhibenda ſuperior illa interpretatio.

Tertium argumentum ejuſmodi eſt. Patris (ut ex filii contractu teneatur actione de peculio) eadem per omnia eſt quae haeredis cauſa: At pater non tenetur in ſolidum peculium, ſi condictione furtiva conveniatur, *l. Licet* 3. §.*Ex furtiva cauſa* 12.*D.de Pecul.* Ergo neque haeres. Merillius ita huic argumento occurrit; Pater, inquit, non ſuccedit in jus univerſum filii nec in odium filii. Dico ego furtivam condictionem nec in ſolidum peculium, nec in partem peculii dari, ſed ex bono & aequo in id quo locupletior factus ſit pater. Nec obſtat *lex pen. D. de Condict.furtiva.* cum ait, *ex perſona filiae quae res amovit, dandam in patrem condictionem in peculium*: hoc enim ita accipiendum; patri condicendum eſſe id quod ad eum pervenit, ut *l.*4. *eod.tit.* quod & contingeret ſi filius filiave familias peculium non haberet. Nec eſt quod urgeas & forte argumenteris ita. Si ipſa con-

tre-

trectatio pro litis conteſtatione eſt , ſequi patrem ſtatim mortuo filio qui furtum fecit, teneri de peculio, cum certum ſit ex delicto filiifamilias transferri judicium in patrem , ut pater de peculio teneatur poſt litem cum filio conteſtatam , *l.57.D.de judiciis*. Reſpondebo enim & ſatisfaciam appoſita diſtinctione , ſi quid in rem patris verſum ſit, ex eadem ipſa *l.57.* in verbis *de peculio & quod in rem verſum eſt*; verba *de peculio* pertinent ad cauſas contractuum, haec autem *& quod in rem verſum eſt*, ad cauſas delictorum ſimul & contractuum ex quibus aliquid ad patrem pervenit. Et ita procedit *d.lex. Tam ex contractibus*, inquit, *quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio : ſed mortuo filio poſt litis conteſtationem, transfertur judicium in patrem, dumtaxat de peculio, & quod in rem ejus verſum eſt*.

Poſtremum argumentum deductum eſt ex *leg. Si tutor* 9.§. *ult.*juncta *l.*10.*D.de Tutel. & rationibus diſtrahendis*. Ubi condictio furtiva dicitur extingui morte furis. Ergo non datur in haeredem. Ita formanda conſequentia; non quomodo Merillius, qui ita ſcribit , *Igitur adverſus haeredem furis condictio non datur, niſi quatenus ad eum pervenit*. Et ad Entimema reſpondendum ; non pertinere ad quaeſtionem , quae non eſt ejuſmodi an haeres furis teneatur , ſed an teneatur in ſolidum vel pro parte quae ad eum pervenit . Itaque deducentur adverſarii ad onus converſionis argumenti, ut argumententur a negatione ſubſtantiae ad negationem accidentis . Sed hanc methodum aſpernatur forte Merillius, dum parvi facit logicam artem, quam tamen qui negligit, quomodo caeteras intelligit artes?

Age vero, rerum aliorum ſatagamus, & dicamus. Qui omnino condictione non tenetur , is neque in ſolidum, neque pro parte haereditaria , neque quatenus ad eum pervenit tenetur . At haeres furis omnino non tenetur condictione furtiva , quia morte furis interire dicitur, *d.l.*9.*in fin. & l.*10. *D. de Tutelae & ration.diſtrab.* Ulpianus , *Caeterae actiones, praeter tutelae, adverſus tutorem competunt, & ſi adhuc tutelam adminiſtrat. veluti furti, damni, injuriae, condictio* . Paulus, *Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit : quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum haerede ejus actionem habet: quia ſibi ſolvere debuit*. Ergo neque in ſolidum &c.

Ad hoc reſpondit jam pridem Antonius Faber *lib.*4. *Conje-*

*cturar.*

Digitized by Google

*Elurar. cap.* 1. quod dicitur *interire eas actiones*, non ad omnes ſed ad poenales tantum referendum: quod ſubtilitatis nonnihil habere videtur. Longe tamen melius Merillius, cum dixit in *illis legibus* non eſſe intelligendum condictionem furtivam generaliter morte furis interire, ſed tantum cum tutor res pupillares ſubripuit, hoc eſt, ſingulariter id dictum eſſe de tutore. Et hactenus quidem recte. At dum rem & ſe ipſum interpretatur, non ita feliciter: veluti cum addit & durante tutela mortuus fuerit tutor. Idem enim eſt & ſi finita tutela mortuus fuerit. Deinde ubi ſubjicit. *Ita quidem condictio morte furis interit, quia pupillus durante tutela, adverſus tutorem condictione non potuit experiri facile*, ſuperfluum illud *facile*. Deinde. *Sed pupillus adverſus haeredem tutoris his actionibus experiri poteſt, lege* 10. *eodem titulo de tutelae & ration. diſtrahendis*: omnino male. Neque *dicta lex* 10. hoc habet, his actionibus experiri poſſe pupillum contra haeredem tutoris: his actionibus, id eſt, furti, damni, injuriae, & condictione furtiva: ſed ait Juriſconſultus *quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum haerede ejus actionem habet*. Adverte Merilli! non dicit actiones habet, ſed actionem: Quam autem actionem? tutelae ſcilicet: nimirum in quam omnis culpa ac negligentia omniſque ratio adminiſtrationis venit, ideoque additur, *quia ſibi ſolvere debuit*. Tutor enim idemque debitor ex ſupradictis cauſis ſibi ſolvere, & in rationes ſuas inferre debuit, ſe duplum a ſe ex cauſa furti accepiſſe & ita de aliis, *l. quoties* 9. *D. de Adminiſtrat. tutor.* Quoties uberior eſt actio tutelae & utilior ipſi pupillo, toties actionum converſio fit in actionem tutelae, *l. Divortio* 35. §. *ult. D. de Neg. geſt.* Et in eo notanda differentia actionis tutelae, & actionis negotiorum geſtorum. Scaevola, *Diverſumque eſt in tutore debitore, quia ibi interfuit, ex priore obligatione ſolvi ut deberetur ex tutelae actione*.

DIS-

# DISPUNCTIO XXII.

An cum res petitur condictione triticaria; aeſtimatio fieri debeat ex tempore litis conteſtatae, vel ex tempore rei judicatae?

HAEc quaeſtio magnae & arduae cogitationis indiget cum propter varios multipliceſque locos, quos uno veluti intuitu ob oculos habere debet qui volet eam definire, tum ob varias Interpretum de eadem quaeſtione opiniones.

Doctrina Merillii eſt, ſi merx petita ſit, aeſtimationem fieri ex tempore litis conteſtatae, *l. vinum* 22. *D. de Reb. cred.* Si res alia, puta fundus, veſtis, ſervus, quanti res fuit a tempore morae ad tempus condemnationis, *l. penult. D. de Condict. tritic.* Moram autem in ſtrictis judiciis lite conteſtata committi.

Cujacii vero doctrina haec eſt ad *l.*97. *D. de Verb. oblig.* (ubi generaliter de aeſtimatione facienda diſſerit.) In judiciis bonae fidei, ſpectari tempus rei judicatae, *l.*3.§. *in hac* 2. *D. Commodati*. eo quod, judex in bonae fidei judiciis non adſtringitur formulae., actor enim petit quod judex aeſtimaverit ex fide bona dari oportere, & ideo totum refertur ad rem judicatam. In ſtrictis autem judiciis, petitionis tempus ſpectari, *d. l. vinum* 22. *D. de Reb. cred.* quia judex in actionibus ſtrictis adſtringitur formulae, petitur ſcilicet res, uti nunc eſt. In utriſque autem judiciis cenſet excipiendum eſſe caſum morae. Ut in bonae fidei judiciis ſi venditor in tradendo vino moram fecerit, reducendam eſſe aeſtimationem vini ad tempus morae, niſi econtra emtor ipſe moram fecerit, *l.*3. *in fin. & l. ſi ſterilis* 21. §. *Cum per venditorem* 3. *D. de Act. emti*. Et in ſtrictis judiciis ſi debitor etiam ante litem conteſtatam moram fecerit, ut hoc caſu condemnetur utro tempore res pluris fuerit vel quo moram fecerit, vel quo res judicata eſt, & ita accipiendam eſſe, *l. pen. D. de Condict. tritic.* Et ſpeciem quae ponitur in *fine ejuſdem legis*, pertinere ad totam legem. Idemque confirmare *legem In re furtiva* 8. §. 1. *l. Ex argento* 13. *D. de Condict. furt. & l. pen. D. Rerum amot.*

At, inquit Merillius, aliter docuit Cujacius, *tractatu* 3. *ad Africanum*, in *l. Mercis* 207. *D. de Verb. ſig.* Quare dicis *aliter*, Me-

Merilli? Tu qui integriore fide quam alias, verba Cujacii ad *d. l.*207.retuliſti, nonne & haec retuliſti? *Sed permanere melius eſt in his quae diximus*, *l.* 59. *D. Verb. oblig.* Porro qui permanet in eo quod ante dixit, an is viri boni arbitratu variare dicendus eſt?

Ut quae ſanior ſit ex textibus ipſis magis conveniens ac conſentiens doctrina; ſimulque & verum aptius cognoſci ac diſcerni poſſit, eoſdem ipſos contextus ponere in conſpectu conſilium coepi.

Textus *legis* 22. *D. de Reb. cred.*

*Vinum quod mutuum datum erat, per Judicem petitum eſt. Quaeſitum eſt, cujus temporis aeſtimatio fieret; utrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res judicaretur. Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: ſi non, quanti tunc, cum petitum eſſet.*

Petere per judicem, adeoque proprie dicitur non qui in jus vocat, aut ſatis accipit judicio ſiſtendi cauſa, ſed qui judicio petit, & ideo non committitur ſtipulatio *amplius non peti* niſi in judicio petitum ſit, *L. amplius* 15. *D. Rem ratam haberi.* Cum res in judicio petitur, reus judicium ſuſcipere dicitur dum ſe liti offert, & adverſarium actori opponit: ex quo litis conteſtatio eſt, & quidam quaſi contractus inter actorem & reum celebratur: hinc eſt lis, & judicium, & negotii certamen, *l.ult. Cod. de plus petit.l.*25.§.8.*D.de AEdil.Edicto.* Haec verba igitur in *d.l.*22.*tunc cum petitum eſſet*, ſignificant aeſtimationem fieri ex tempore litis conteſtatae, ut & *l.ult.D.de.Condict. tritic.* & *l.*28. *D.de Novat.* ex quibus ſimul efficitur tempus litis conteſtatae ſpectari in facienda aeſtimatione rei petitae. Atque in eo fere conſentiunt Merillius & Cujacius. Sed in eo diſſentiunt, quod Merillius non diſtinguit inter judicia bonae fidei, & ſtricti juris, Cujacius vero diſtinguit, dum ait in judiciis bonae fidei ſpectari tempus rei judicatae, niſi mora interceſſerit. Diſſentiunt & in eo quod ille diſtinguat merces ab aliis rebus, Magiſter autem non diſtinguat, ſed perpenſa & excuſſa omni dubitatione, generaliter id verum cenſet in omnibus rebus propter illa verba *legis ult. D de Condict. tritic. Quod de caeteris rebus juris eſt.* Sublata itaque differentia mercium & rerum caeterarum, neceſſario veniendum eſt ad quaeſtionem facti. An mora facta ſit vel non: ut ſi facta mora non ſit

in ſtrictis judiciis ſpectetur litis conteſtatae tempus , ſi facta ſit ; ſpectetur id tempus quo res plurimi fuit ; quod Merillius non capit .

Textus *legis* 3.*ſive penult. D.de Cond. Tritic.*

*In hac actione , ſi quaeratur res quae petita eſt, cujus temporis aeſtimationem recipiat : verius eſt quod Servius ait, condemnationis tempus ſpectandum eſt . Si vero deſierit eſſe in rebus humanis , mortis tempus , ſed* ἐν πλάτει *ſecundum Celſum erit ſpectandum . Non enim debet noviſſimum vitae tempus aeſtimari , ne ad exiguum pretium aeſtimatio redigatur in ſervo forte mortifere vulnerato . In utroque autem , ſi poſt moram deterior res facta ſit, Marcellus ſcribit libro viceſimo , habendam aeſtimationem quanto deterior res facta ſit : & ideo ſi quis poſt moram ſervum eluſcatum dederit , nec liberari eum . Quare ad tempus morae , in his erit reducenda aeſtimatio .*

Textus ait, *res* puta fundus , veſtis , ſervus , Deinde *quae petita eſt* , in jure ſcilicet ad ſellam Praetoris , quae propria eſt acceptio verbi *petere* , ut ante diximus : ſed & idem obtinet , ſi res ante quoquo modo petita ſit , rite facta interpellatione , ut ex mora debitoris creſcat aeſtimatio ad tempus rei judicatae . Eſt enim in *hac l.pen.* Zeugma ab inferioribus : quo ſpectant ea verba *condemnationis tempus , ſi poſt moram deterior res facta ſit* . Elegantiſſime Cujacius , propter moram , inquit , debitoris , condictio triticaria redigitur ad conditionem actionis bonae fidei , ut inſpiciatur tempus rei judicatae , ſi eo tempore pluris res fuit . Mora ſecundum Merillium in ſtrictis judiciis lite demum conteſtata committitur . Quid fiet igitur ſi ante litem conteſtatam deterior res facta ſit poſt diem obligationis ? nonne ipſe diei lapſus moram facit ? *l.*59.*l.Ad diem* 77.*D.de Verb.oblig.leg. magnam* 12. *Cod.de cont.ſtip.* Graeci dicunt ὁ ὑφ' ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει . Harmenop. *lib.* 3. *Epitom.* Quid ſi antequam jure ageret creditor , debitori rite condixit ut ſolveret , eumque interpellavit ? An non interpellatio debitorem conſtituit in mora? *l.*32. *D. de Uſur.* Imo vero & ante litem conteſtatam mora committitur . *Si actionem habeam ad id conſequendum quod meum non fuit, veluti ex ſtipulatu , fructus non conſequar etiamſi mora facta ſit : quod ſi acceptum eſt judicium , tunc Sabinus & Caſſius ex aequitate fructus quoque praeſtandos putant* . Ita loquitur Ulpia-

pianus in *l. videamus* 38. §. 7. *D. de Uſur.* moram fieri ait ante acceptum judicium, quod eſt ante litem conteſtatam, & in actione ſtricta, ut ex ſtipulatu. Imo, & difficile eſſe Papinianus ait, *ut mora non praecedente perveniatur ad judicem*, *l.* 3. *in pr. D. eodem tit.* Haec verba *mortis tempus*, ſic accipe, ſi eo tempore pluris res fuit.

Textus *legis ult. D. de Condict. tritic.*

*Si merx aliqua quae certo die dari debebat, petita ſit: veluti vinum, oleum, frumentum; tanti litem aeſtimandam Caſſius ait, quanti fuiſſet eo die quo dari debuit. Si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur. Idemque juris in loco eſſe, ut primum aeſtimatio ſumatur ejus loci quo dare debuit: ſi de loco nihil convenit, is locus ſpectetur, quo peteretur. Quod de caeteris rebus juris eſt.*

Poſtrema haec verba *quod de caeteris rebus juris eſt* non favent Merillio, diſtinguenti inter merces & res alias. Eſt vero ſententia hujus *legis ult.* ſimillima *legi vinum* 22. *D. de Rebus cred.* & in utraque ponendum, moram factam non fuiſſe a debitore, ut recte ſervavit Odofredus. Alias ubi mora interceſſit, id obtinet quod eſt in *d. l. pen. D. de Condiction. tritic.* Nec obſtat quod dicitur certiorem eſſe moram ex lite conteſtata; hoc enim dicitur de eo qui nullam litigandi cauſam habuit. Caeterum ut mora omnis in facto eſt, ita ſi quis juſtam cauſam litigandi, & ad judicium provocandi habuit, in mora eſſe dici non debet. Qui judicium accipere paratus eſt, non videtur facere moram, *l.* 24. *D. de Uſur. l.* 63. *D. de Reg. jur.* ratio litigandi juſta poteſt eſſe aliqua, *leg. qui ſolidum* 78. §. 2. *D. de Leg.* 2.

Textus *Legis In re furtiva* 8. §. 1. *D. de Condict. furt.*

§. *Si ex cauſa furtiva res condicatur, cujus temporis aeſtimatio fiat, quaeritur. Placet tamen id tempus ſpectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam, fur dando non liberatur: ſemper enim moram fur facere videtur.*

Textus *legis Ex argento* 13. *D. eod. tit. de Condict. furt.*

*Ex argento ſubrepto pocula facta condici poſſe Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam celaturae aeſtimatio fiet, quae impenſa furis facta eſt, quemadmodum ſi infans ſubreptus adoleverit, aeſtimatio fit adoleſcentis, quamvis cura & ſumtibus furis creverit.*



Digitized by Google

TEXTUS *legis pen. D. de Act. Rerum amot.*

*Rerum amotarum aeſtimatio ad tempus quo amotae ſunt referri debet, nam veritate furtum fit, etſi levius coërcetur mulier: quare nec a bonae fidei poſſeſſore res amotae uſucapiuntur. Sed ſi pluris factae non reſtituuntur, creſcit aeſtimatio, ut in condictione furtiva rei.*

Suffragantur tres illi textus magno magiſtro Cujacio: quibus ſcilicet adprobat exceptionem regulae ſtrictorum judiciorum. Regula eſt in ſtrictis judiciis aeſtimationem eſſe faciendam ex tempore litis conteſtatae. Exceptio eſt, niſi mora facta ſit, ut apparet in fure cujus mora etiam antequam conveniatur ſemper intelligitur & conſideratur. Cui tamen obloqui videtur, *l. 2. §. quaeſitum 3. D. de Privatis delictis*. qui ſic habet.

TEXTUS *legis 2. §. quaeſitum 3. D. de Privatis delictis.*

*Quaeſitum eſt ſi condictus fuerit ex cauſa furtiva an nihilo minus lege Aquilia agi poſſit, & ſcripſit Pomponius poſſe: quia alterius eſt aeſtimationis legis Aquiliae actio, alterius, condictio ex cauſa furtiva. Namque Aquilia eam aeſtimationem complectitur quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex cauſa furtiva non egreditur retrorſum judicii accipiendi tempus.* Ex his poſtremis verbis objiciat quis neque furem propter ſuam moram teneri quanti plurimi res fuerit ante judicium acceptum. Sed reſpondendum eſt, hoc dici per comparationem actionis legis Aquiliae quae ſui natura aeſtimationem facit quanti plurimi res fuit, in anno retroacto: cum furtiva condictio ſui natura aeſtimationem rei non trahat retro: vel (quod ex Graecis refert Cujacius ad *d. l. 59. D. de Verb. oblig.*) ſenſus *d. §. quaeſitum* 3. procedit ſi poſt furtum aeſtimatio rei furtivae mutata non ſit.

Merillius ait aliam eſſe rationem condictionis furtivae, aliam triticariae: illa inquit rem dari & quaſi noſtra ſemper fuerit, fit aeſtimatio quanti plurimi unquam fuit, hac vero intendimus rem dari quae noſtra non eſt, neque ipſam rem, ſed aeſtimationem quae ſpectatur tempore condemnationis. Reſpondeo condictionem furtivam vel eſſe corporis, vel aeſtimationis. Cum autem fur aeſtimationem debet, ab alio quocunque debitore non eſt diſtinguendus, qui debeat aeſtimationem rei poſt moram peremtae: triticaria agimus perinde ex cauſa furtiva, atque ex alia, *l. 1. D. de Condict. tritic.* Non furibus tantum ſed quibuſcunque debi-

Università di Roma

debitoribus, mora ſua nocet. Hoc ſingulare eſt in furibus; quod cum caeteri debitores plerumque excuſari poſſint, puta ſi parati ſint judicium accipere, *l.ſi quis ſolutioni* 24.*D.de Uſur.* fures nunquam ea ratione excuſentur, *l.ult. D.de Condict.furt.*

Textus *Legis* .3. §. *In hac* 2. *D. Commodati*.

§. *In hac actione ſicut in caeteris bonae fidei judiciis, ſimiliter in litem jurabitur, & rei judicandae tempus quanti res ſit obſervatur, quamvis in ſtrictis, litis conteſtatae tempus ſpectetur.*

Hic textus apertiſſime confirmat diſtinctionem Cujacii inter judicia bonae fidei & ſtricti juris, quam ſpernit Merillius.

Textus *Legis Ratio* 3.§.3.& 4.*D.de Act.emti.*

§.3. *Si per venditorem vini mora fuerit quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Item quo loco pluris fuit vel quo venit vel quo agatur.*

§.4. *Quod ſi per emtorem mora fuiſſet, aeſtimari oportet pretium quod ſit cum agatur, & quo loco minoris ſit. Mora autem videtur eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat quominus traderet, praeſertim ſi omni tempore paratus fuit tradere.* Ex *hac l.* probatur moram cuique ſuam nocere, & propter moram debitoris aeſtimationem creſcere ut condemnetur utro tempore pluris res fuit.

Textus *Legis Hominem* 37. *D. Mandati*.

*Hominem certum pro te dari fidejuſſi, & ſolvi. Cum mandati agatur, aeſtimatio ejus ad id potius tempus quo ſolutus ſit, non quo agatur, referri debet. Et ideo etiam ſi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio eſt. Aliter in ſtipulatione ſervatur: nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur, niſi forte aut per promiſſorem ſteterit quo minus ſua die ſolveret, aut per creditorem quo minus acciperet, neutri enim fruſtratio ſua prodeſſe debet.*

*Haec lex* docet in actione ſtricti juris, ſcilicet in actione ex ſtipulatu, ſpectari tempus quo agitur, *l.vinum* 22.*D.de Reb.cred.* & *l.ult.D.de Cond.tritic.* & *l.*28. *D.de Novat.* Niſi per promiſſorem ſteterit, id eſt, niſi mora a promiſſore facta ſit, quaſi diceret propter moram debitoris creſcere aeſtimationem, ſecundum ſententiam *legis pen.D.de Condict.tritic.*

Quaerit Merillius cur propter moram commiſſam ante litem conteſtatam, fieret aeſtimatio tempore condemnationis? Reſpon-

ſpondeo propter moram rei meliorem fieri conditionem creditoris; ut uſque ad condemnationem, quanti plurimi res fuit a prima mora reus damnetur: non ut praeciſe aeſtimatio fiat ex tempore ſententiae, ſed quanti plurimi res fuerit uſque ad ſententiam. An fabulam capit qui talia quaerit? *οὐδοῦ παρούσης ἄρτον ζητεῖ*. Juſtior ne eſt altera Merillii inſtantia, cur non etiam mora facta poſt litem conteſtatam, aeſtimatio fiat tempore condemnationis? nonne homine petito fieri poteſt ut poſt litem conteſtatam pluris fiat, quia in egregium evaſerit pātomimum? Quare non hoc caſu aeſtimatio ejus fiat ex tempore ſententiae, quo tempore dignior, id eſt, pretioſior fuit? Liceat exaggerare.

Quare mora facta ante litem conteſtatam, producitur aeſtimatio ad tempus ſententiae, mora vero facta per litis conteſtationem, non producitur? Denique quare certiori morae non damus quod concedimus incertiori? Quis hoc negat (Merilli,) quod poſcis? Quis inficiatur quod ais? Neque vero aliter exponitur *d. lex pen. D. de Condict. tritic.* Quod enim dicitur in ſtrictis judiciis ſpectari tempus litis conteſtatae niſi mora admiſſa ſit, prolixius de mora praecedente litis conteſtationem explicatur, quia caſus ille dubitabilior: caeterum & idem ſentiendum eſt de certiore mora, ſi per eam & poſt eam res debita melior deteriorve facta ſit, ut ejus aeſtimatio fiat quanti plurimi fuit a mora uſque ad ſententiam. Neque hoc ſubruit diſtinctionem judiciorum bonae fidei & ſtricti juris, ſtat enim ea diſtinctio, nititurque propriis formulis cujuſque judicii citra omnem rationem exceptionum, quae utrique diſtinctionis membro applicantur, prout ex ſcholiis ad ſingulas leges datis ſatis intelligi poteſt.

TEXTUS *Legis* 207. *D. de Verb. ſignif.* quae eſt arx ſeptorum omnium Merillii *ὅ ἐστιν ἀκρόπολις τῶν περιβόλων πάντων αὐτοῦ*.

*Mercis appellatione homines non contineri, Mela ait, & ob eam rem mangones non mercatores, ſed venaliciarios appellari ait, & recte.*

Ex *hac lege* tentaverat Cujacius *tract.* 3. *ad Africanum* differentiam conſtituere inter merces & alias res, quae petuntur triticaria condictione, ut in mercibus fieret aeſtimatio ex tempore litis conteſtatae, in aliis quanti plurimi fuiſſent a mora ad ſententiam; quod praeſumeretur creditor mercem petere, quo tempo-

re

re pluris eſſet, non vero res alias, quarum certa aeſtimatio eſt. Tentaverat, inquam, Cujacius, at non probaverat. Idcircoque ſcripſerat (quod ſupra monuimus) permanere ſe in iis quae ſtatuerat ad *l.*59.*D.de Verb.oblig.* Sed hoc ramentum, quod fulgoris habeat aliquid, ſeu auri trimmam pro ſolido auro curioſe colligit Merillius. Eſto enim *lex* dicat, mercis appellatione hominem non contineri; nil tamen habet aut ne perſtringit quidem de differentia aeſtimationis mercis & rerum caeterarum in condictione triticaria aeſtimandarum. Imo vero ideo hoc lex docet, cum ob rationem commercii de eo dubitaretur. Et verius eſt, *d. l.*207. ut & caeteras *tituli de verb.ſig.* pertinere ad voluntates teſtantium & contrahentium exaudiendas, & verba quoque Edictorum interpretanda. Ut ſi quis legaverit merces ſuas, non videatur legaſſe ſervos, quia ſervi non veniant appellatione mercis (niſi contraria voluntas evidens ſit.) Nam ſi mercis loco teſtator qui venalitiariam exercebat, ſervos haberet, ut illico diſtraheret, ut *l.ſuos* 73.§.4.*D.de Leg.*3. quaeſtio facti, id eſt, voluntatis erit, an legatis mercibus, & ſervos quos venales haberet relinquere voluit. Quod & in contrahenda ſocietate fingi poteſt, ſi ad merces emendas vendendaſque coïerint ſocii. Denique & hoc locum habet in Edicto de tributoria actione, in quo tributoria proponitur actio contra dominum ſervi, qui ſciente domino negotiatus eſt in merce peculiari. *Mercis nomine*, inquit Ulpianus, *merito adjicitur: ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat.*

Admittamus & hoc, eum qui mercem petit, cujus eſt varia & incerta aeſtimatio, eo tempore eam petere, quo putet maximi pretii eſſe: quidni liceat id fingere & in aliis rebus, maxime in ſervis, in quibus & pro aetatis mutatione, & temporum varia ratione pretia ſubinde mutantur? Nam ab aetate, arte, ſexu, aliiſque cauſis, varia erant pretia, eaque ingentia: ut neceſſe fuerit ea Juſtinianum definire, *l.*1.§.*Ne autem* 5.*Cod.de communi ſervo manumiſſo*, *& l.ult. Cod. communia de legat.* Quod Domitianus jam ſuo aevo fecerat. Svetonius *in Domitiano cap.*7.*Caſtrari mares vetuit, ſpadonum qui reſidui apud mangones erant, pretia moderatus eſt*. Si certa eſt hominum, id eſt, mancipiorum aeſtimatio (ut ſibi fingit Merillius) ut quid actor cum hominem petit condictione triticaria, non ſibi perſuadet tanti nunc eſſe, quanti un-

ti unquam futurus eſt? Quod ſi putat fore futurum ut majoris ſit pretii tunc cum res judicabitur, ut quid dicitur certam ejus eſſe aeſtimationem? Cum haec igitur mera opinione agitentur, quis non videt longe certiorem eſſe Cujacii definitionem illam, & ex authenticis juris locis depromtam diſtinctionem judiciorum bonae fidei & ſtricti juris, & petitionis ante moram & poſt moram?

## DISPUNCTIO XXIII.

### An fidejuſſor ſimpliciter acceptus, in omnem cauſam fidejuſſiſſe cenſendus ſit?

AD hanc quaeſtionem Merillius, quaſi ex Cujacio, Verius (inquit) exiſtimo, fidejuſſorem qui ſimpliciter acceptus eſt, teneri tantum in principalem obligationem, non etiam in acceſſiones principalis obligationis, niſi id expreſſum fuerit ut teneretur.

Ex ſequentibus perſpicuum fiet Merillium prorſus alienum eſſe ab eo cui putat adhaerere: magnumque noſtrum Cujacium hanc quaeſtionem alia Minerva expediviſſe, reſque verbaque juris altius calluiſſe, cum vir prudentiſſimus ſcripſit, non jure quidem obligationis fidejuſſorem teneri qui ſimpliciter in omnem cauſam acceptus eſt, ſed officio judicis condemnari debere: quae conſtans ejus fuit doctrina in *l.*91.*D.de Verb.obligat.* & ubique: a qua non defecit aut uſquam deflexit: ut fruſtra ei objiciatur quaſi in *l.Centum Capuae* 8.*D.de Eo quod certo loco*. aliud docuerit, quod dixerit fidejuſſorem qui alicujus actionis aut negotii nomine intercedit, in omnem cauſam intercedere. Verba Cujacii ad *d.l.*91. *in* §. *Nunc videamus* 4: haec ſunt. *Culpa fidejuſſoris non nocet reo: e contrario culpa rei fidejuſſori nocet. Nam fidejuſſor quantum ad eam rem attinet, quae in obligationem deducta eſt, accedit in omnem cauſam quae reum principalem tenet, etiamſi ſimpliciter acceptus ſit, non tamen creſcit obligatio fidejuſſoris ex mora rei, niſi nominatim in quamlibet cauſam accipiatur.* Verba autem commentarii ad *d.l.Centum Capuae* 8. ſunt; *Quicumque actionis aut negotii alicujus nomine intercedit, in omnem cauſam intercedere intelligitur, niſi taxationem certam fidejuſſioni appoſuerit. Et his conſequenter in ſpecie propoſita, ſi fidejuſ-*

*ſor*

*ſor qui interceſſit nomine actionis arbitrariae, conveniatur alio loco actione arbitraria, damnabitur in id quod intereſt actoris, propter moram rei: ſicut & reus ipſe ſi conveniretur*. Quae vero ſunt anterides in his locis, aut pugnantia ſecum? Haec ſcilicet invicem opponit Merillius, ex uno loco. *Damnabitur in id quod intereſt actoris propter moram rei*: Ex alio loco, *Non tamen creſcet obligatio fidejuſſoris*. Viciſti Merilli, triumpha.

*Pone domi lauros, duc in Capitolia magnum*
*Cretatumque bovem*.

Verum audi monitorem: hominem te eſſe ſcito. Et diſcito tandem, haec verba invicem non pugnare. Damnabitur enim fidejuſſor non jure obligationis, ſed officio judicis. Nam & ipſe reus dum propter moram ſuam, condemnatur, puta in uſuras in bonae fidei judiciis, vel in id quod intereſt in actionibus arbitrariis, non jure obligationis condemnatur, ſed officio judicis, *d.l. Centum Capuae* 8. *& l.ult. D. de eo quod certo loco, l. quaero* 54. *in pr.D.locati*.

In *d. l.Centum Capuae* 8. hoc oſtendit Africanus per comparationem obligationis uſurarum, in qua duae ſunt ſtipulationes, una ſortis,& altera uſurarum: at in ſpecie *d.legis Centum Capuae* 8. una tantum eſt obligatio pecuniae ſcilicet ſimpliciter creditae, in cujus conſequentiam ſi quae utilitas aeſtimanda ſit, judicis arbitrio committitur. In ſtipulatione uſurarum cui acceſſit fidejuſſor, ideo tenetur jure obligationis, quia ſtipulatio in uſuras nominatim obligationem adſtrinxit. In promiſſione pecuniae, ideo jure obligationis non tenetur neque reus debendi, neque fidejuſſor, ad utilitatem ſive ad id quod intereſt ſtipulatoris, quia non eſt hoc in ſtipulationem deductum, & non niſi ex poſt facto venit, & in executionem ejuſdem ſtipulationis, ex officio ſive arbitrio judicis. Et hoc non ſurdis clare ſonat, *d.l.Centum Capuae* 8. hiſce verbis, *Centum Capuae dari ſtipulatus fidejuſſorem accepiſti; ea pecunia ab eo ſimiliter ut ab ipſo promiſſore peti debebit. Id eſt ut ſi alibi quam Capuae petatur, arbitraria actione agi debeat, liſque tanti aeſtimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam ſummam Capuae potius quam alibi ſolvi. Nec oportebit quod forte per reum ſteterit quominus tota centum Capuae ſolverentur, obligationem fidejuſſoris augeri. Neque enim haec cauſa recte comparabitur obligationi uſurarum: ibi enim duae ſtipulationes*

*ſunt, hic autem una pecuniae creditae eſt, circa cujus executionem, aeſtimationis ratio arbitrio judicis committitur. Ejuſque differentiae manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto, quod ſi poſt moram factam pars pecuniae ſoluta ſit, & reliquum petatur, officium judicis tale eſſe debeat, ut aeſtimet quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam quae petetur, Capuae ſolutam eſſe.* Ultima haec etiam verba *Ejuſque differentiae &c.* liquido probant id quod intereſt ſtipulatoris, ob non ſolutam Capuae pecuniam, non eſſe in obligatione; alias enim jure actionis etiam poſt ſolutam partem pecuniae, peteretur: quod tantum abeſt ut ita ſit, quinimo docet Africanus officium judicis eſſe, ut tantum id aeſtimet habita ratione partis non ſolutae. Sed Merillius haec confundit & pro eodem habet eſſe in obligatione, & venire officio judicis: & ita magna cum fiducia proponit quaeſtionem quaſi ſimpliciter quaerat Africanus in *hac l.*8. An ut augetur obligatio rei principalis propter moram, ita fidejuſſoris obligatio augeatur? cum ita proponi debeat, *an adverſus fidejuſſorem perinde arbitraria agi debeat, ac contra reum: & lis pariter aeſtimari debeat, id eſt, quanti ejus vel actoris interſit?* vel ita, ut Cujacius proponit, An fidejuſſor ſe obligaverit in id quod creditoris intererat, aut poterat intereſſe. Et dum ſibi in hujus erroris praecipitio non cavet, audet variationes adſcribere magno Cujacio, qui clamat quod non exaudit Merillius. Multum intereſſe, utrum aliquid ſit in obligatione, an in officio, ſive arbitrio judicis: non quodcunque eſt in arbitrio judicis, & continuo eſſe in obligatione, *l.non quidquid* 40.*D.de Judic.* Quid de tali Accuſatore dicemus? *Eſt tanti per iſta. Ire caſuro*, Seneca *quare bonis viris* &c. Equidem ſcio Bartolum omnino, *obligationis* verbo, putare comprehendi etiam id quod intereſt, ſive id quod judicis officio accedere poteſt. Sed aeque ſcio Cujacium noſtrum, *Hoc ſtultum eſſe*, praedicare: tantum abeſt ut id ſcripſerit aut ſenſerit, quod ei perperam objicitur.

Sed ad quaeſtionem Tituli hujuſce capitis redeamus. Ea eſt, *An fidejuſſor ſimpliciter acceptus, in omnem cauſam fidejuſſiſſe videatur?* Merillius ait non videri fidejuſſiſſe in omnem cauſam, ſed teneri tantum in principalem obligationem: non etiam in acceſſiones principalis obligationis. Ego praeciſe dico, in omnem cauſam fidejuſſiſſe; non ut jure obligationis teneatur in id quod acce-

accedere poteſt per moram rei , ſed ut officio & arbitrio judicis condemnetur in id quod creditoris interſit . Et ita intelligenda eſt *lex Centum* 8. *D. de Eo quod certo loco* , *& lex Quaero* 54. *D. Locati* , & in eam ſententiam magnus Magiſter eas leges laudavit, ad *d.l.*91. *D.de Verb.obligat.* quas falſo putat Merillius eum adducere ut probet fidejuſſorem non teneri in omnem cauſam . Quid vero apertius & expreſſius dici poteſt , quam quod in *d. l. Quaero* 54. Paulus ait . *Si in omnem cauſam conductionis etiam fidejuſſor ſe obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni penſionum, praeſtare, debere uſuras*. Quid eſt *exemplo coloni*, niſi ut in *d.l.Centum Capuae* 8.*ſimiliter ut ipſe reus* ? Et rationem dubitandi manifeſtat Paulus , nec decidendi rationem omittit . Rationem dubitandi, his verbis, *Uſurae enim in bonae fidei judiciis etſi non tam ex obligatione proficiſcantur*, *quam ex officio judicis applicentur* . Rationem autem decidendi , iſtis . *Tamen cum fidejuſſor in omnem cauſam ſe applicuit* , *quantum illum condemnari ex bona fide oportebit &c.* Ita fidejuſſor qui in omnem cauſam emti fidejuſſit , in uſuras ex mora debitoris tenetur , *l.Initio* 5.*Cod.de pactis inter emtorem*.

Dicat forte Merillius aliud eſſe, ſimpliciter fidejubere, aliud, in omnem cauſam . Dicat etiam forte & ubi ſcriptum invenitur fidejuſſorem in omnem cauſam teneri, intelligendum nominatim & expreſſe ſe in omnem cauſam obligaſſe . At non eſt ita : Nam & in ſpecie *d.l.Centum Capuae* 8. ſive ponamus ſtatim initio principalis obligationis interveniſſe fidejuſſorem , ut ponit Merillius, ſive ex poſt facto , mora jam a reo principali commiſſa , ut Cujacius, ( & ſane nihil intereſt utrum ponas quidquid ſubtiliter diſtinxerit Azo ) Africanus non ait fidejuſſorem in omnem cauſam nominatim interceſſiſſe : neque hoc fingere poteſt Merillius , qui ex reſponſu ſuo tenetur fateri fidejuſſorem teneri tantum in principalem obligationem , ( cujus contrarium evidentiſſime demonſtratum eſt . ) Itaque dicendum eſt eum,qui ſimpliciter fidejubet, intelligi in omnem cauſam fidejubere : & ( ex vi argumenti ad hominem ) fidejuſſorem in ſpecie *d.l.Centum Capuae* 8.ſimpliciter interceſſiſſe . Et hoc eſt quod Cujacius docet illis verbis ſuperius relatis . *Quicunque actionis aut negotii alicujus nomine intercedit &c.* Probatur & arg.*legis* 7.*D.pro Socio*. ubi dicitur Coiri ſocietatem & ſimpliciter poſſe , & ſi non fuerit diſtinctum , videri

 eſſe

eſſe contractam univerſorum bonorum: ſcilicet ſimplex & indefinita locutio generalis eſſe intelligitur, *l.*26. *D. de Servit. ruſtic. praed.*

## DISPUNCTIO XXIV.

An cum colono partiario ſit locatio, vel ſocietas?

MErillius, Locatio eſt, inquit, cum certa quantitas fructuum datur, aut certa ponderatio. Cujacius, itidem: ſed addit *Locatio eſt ſi animus contrahendae locationis fuit*. Recte ſane: nam ſocietas contrahitur re, verbis, & conſenſu, *l.* 4. *D. pro Socio*. In contractibus, an ii ſint qui videntur, inſpiciendum eſt quid actum ſit, ut ſi ſocietatem partes coire voluerint, & res patiatur, ſit ſocietas, ſi affectionem ſocietatis habuerint, *l.*31. *D. pro Socio*. Eo ſpectat *lex* 37. & *lex* 44. *eod.* Ubi Ulpianus *Si margarita*, inquit, *tibi vendenda dedero, ut ſi ea decem vendidiſſet, redderes mihi decem, ſi pluris, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, ſi animo contrahendae ſocietatis id actum ſit, pro ſocio eſſe actionem*. Si vero locationem contrahere voluerim, & res quoque patiatur ſit locatio, & ita de caeteris: vel ſi incertum ſit quod magis negotium contrahentes inire voluerint, vel quid adjectum ſit, quod excedat naturam & proprios terminos nominatae cujuſque conventionis, res tranſit ad cauſam incerti & innominati contractus, *l.*1. §.1. *l.*5. §. *pen.* *l.*6. *l.*13. & *l. Apud Labeonem* 20. *D. de Praeſcript. verbis*. quibus addere liceat *l.*1. *D. de aeſtimatoria act.* Et ita ſi convenerit inter eos qui fundum communem habebant; ut alternis annis fructum perciperent, licet dubitatum ſit an eſſet locatio, quia id agi potuit inter partes: quia tamen res non patitur, eo quod certa merces definita non eſt neque in nummis, neque in modo & quantitate fructuum, magis viſum eſt innominatum eſſe contractum, *l. ſi convenerit* 23. *D. Communi div.*

Cujacium porro ſcribit Merillius, uno loco, nimirum in *l.*5. *Cod. de Locato*, velle conductores dici, qui nummis colunt; adeoque partiarios colonos, qui partem fructuum pro penſione fundi domino inferunt, non eſſe conductores: alio vero loco, id eſt, ad *l.*35. *D. Locati*. ſcribere, mercedem locationis conſiſtere poſſe

in

in alia quantitate, quam in pecunia. Quod eſt dicere partiarios colonos eſſe conductores. Ergo uno loco dixit conductores; alio, negavit.

Quid ſi idem utrobique Cujacius, & quidem apertiſſime? Quale tandem hoc facinus videbitur? Et vero Cujacius haec habet, quae ſatis probe refert Merillius ex *commentario tract*,3. *ad Africanum*, id eſt, ad *d.l.*35.*D.Locati*. *In locatione conductione, dico etiam in alia quantitate mercedem conſiſtere poſſe: veluti menſura aut pondere: ac proinde cum colono partiario contrahi locationem & conductionem, ſi contrahendae locationis animus fuerit: ac praeſertim ſi de certa fructuum quantitate, veluti modiis, vel amphoris tot, quotannis inferendis convenerit &c.*

Ex recitatione vero ad *l.*5.*Cod.de Locato*. Haec, *Sunt coloni partiarii, l.ſi merces* 25.§.*vis major* 6.*D.Eod.tit. Hi non videntur proprie eſſe conductores. Qui nummis colit, eſt conductor: partiarii non videntur eſſe conductores, id eſt, qui partem fructuum conferunt domino, & nihil praeterea, aliam partem pro cultura ſibi reſervant. Hoc genere ſocietas contrahitur potius, quam locatio*, *l.Cum duobus* 52.§.2.*D.pro Socio*.

Quae refert quidem Merillius; ſed an ſatis probe; ſed an tarditas an celeritas calami, an conſilium ſcribentis, reliqua omiſerit? judicet quiſquis ſequentia (quae ſunt ejuſdem Cujacii eodem loco,) putabit haud relatu neceſſaria fuiſſe ei qui accuſationi ſuae magis,quam Cujacii famae ac veritati ſtudebat. *Et ſane locationem eſſe dicendum eſt, ſi animus contrahendae locationis fuit, & ideo eſſe actionem ex locato & conducto, licet lucra & damna communicentur. Nam locatio non tantum contrahitur certo pecuniae numero, ſed etiam rerum quae menſura & pondere conſtant. Idque probat lex* 21.*hic*, *&c.* Haec ſi agnoſces Merilli bona fide te omiſiſſe,ſimul & fatebere non aliud Cujacium docuiſſe in *d.l.*5.quam tute dicis & nos fatemur ſcripſiſſe eum in *d.l.*35.*D.Locati*.

Ex his vero quis non videt certam ubique, & conſtantem fuiſſe opinionem Cujacio, (omnino diſtinguendum eſſe, quid agere voluerint aut non voluerint contrahentes.) Et ita noſtri Auctores ſaepiſſime. Ita denique Graeci diſtinguunt, in aeſtimando permutationis contractu, an contrahentibus omnino fuerit animus permutationis faciendae, vel potius contrahendae emtio-

emtionis. Non ſufficit, inquiunt, ut res pro re tradita ſit, puta veſtis pro ſervo: ſed hoc inſuper quaerendum, an qui veſtem dedit eam vendere, & qui ſervum dedit, an veſtem emere vellet: an vero nec ab initio de venditione cogitarint, ſed res permutare voluerint. ἢ μήτε αὐτοὶ ἐξ ἀρχῆς οὐδε εἰς ἔννοιαν πράσεως ἦλθον. Synopſ. Baſilic. *lib.*20. *tit.*3.

De quaeſtione; quia fere convenimus, tractare quid attinet? cum nec quidnam novi, id eſt, boni praeter Cujacii diſtinctionem adferri poſſit. Niſi quod eſt aliquid in doctrina Merilliana, quod diſpunctiunculam effugere non debet. Et primo quod ait Merillius probari ex *l.*8. *Cod. de Pactis*. Si pecus non ſit communicatum, & convenerit inter dominum & paſtorem ut foetus communis eſſet, vel certis partibus divideretur, eſſe contractum innominatum: probatur id quidem utcunque, ſed non magis quam contractum eſſe ſocietatis, quem ſane prae ſe fert ejuſmodi conventio, argumento *d. legis* 52. §. 2. *verſ. Si in coëunda. D. pro Socio*. Nam ſi convenerit inter dominum & paſtorem ut paſtor certis annis pecus paſceret, poſt quod tempus grex venderetur, pretiumque divideretur; non ambigitur ſocietatem eſſe, *l. Si tibi areae*. (alia eſt *lex* 13. §. *Si tibi areae* 1.) *D. de Praeſcript. verb.* Scilicet, putat Merillius non eſſe ſocietatem, niſi res illico communicentur: Et id quidem eſſe poteſt, fierique crebro videmus. Sed non ideo minus ſocietas erit ſi convenerit de ſolis foetibus communicandis. Nam & eſt ſocietas rerum acquirendarum, ut queſtuum *l.*7. *D. pro Socio.* vel unius duntaxat rei emendae, *l. Cum duobus* 52. *in pr. eod. tit.* contrahitur ſocietas ἐπὶ πλεῖ, καὶ ἐφ ἑνὶ πράγματι. Et hoc ſatis perſuadere potuit auctoritas magni Cujacii caeterorumque pene omnium interpretum, qui fruſtra quaeſiſſe videntur de lemmate huic praefixo capiti, *An cum colono partiario contracta cenſeatur locatio*, adeoque addubitaſſe, an ſit ſocietas: hoc enim poſito Merilliano fundamento, ceſſat omnis quaeſtio & dubitatio: cum certum ſit in locatione, dominium non communicari. Itaque illud novum eſt quod comminiſcitur Merillius in ſpecie *d. legis* 52. §. 2. *verſ. Si in coëunda. D. pro Socio*. agrum communicatum fuiſſe inter dominum & politorem. *Lex* ait. *Si in coëunda ſocietate, artem operamve pollicitus eſt alter; veluti cum pecus in commune paſcendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam*

culpa

*culpa praeſtanda eſt, pretium enim operae artis eſt velamentum*. In ſpecie *hujus legis*, de fructibus communicandis convenit. Datus eſt quidem ager quaerendis fructibus in commune, non ipſe ager in commune: manſit ager domini, ſocietas fructuum coita eſt ut ſex partes puta politor haberet, unam dominus ut fit cum cenſuariis. Qui modus adeo aequus cenſetur, ut alius omnis damnetur *μορτίτου μέρος*, *δεμάτια ϛ. χωροδότου μέρος*, *δεμάτιον εν. ὁ δὲ ἐκτὸς τούτων μεριζόμενος θεοκατάρατος*. Sic puto legendum in *legibus Georgicis tit.*1. *δεμάτια ϛ.* non ut vulgo, *δεμάτια θ.* Nam Euſtathio *Odyſſ. T. fol.*185. *ἡ μόρτη, τὸ ἕκτον μέρος τῶν καρπῶν, ἡ ἐδίδοτο τοῖς ἐκτιμορίοις*. Heſychius autem *ἐκτιμορίους*, ſeu *ἐκτιμόρους* eos dicit (ex etymo,) qui ſex partibus terram colunt *οἱ ἕκτω μέρει τὴν γῆν γεωργοῦντες*. Veteres coloni parte decima ſativa praedia colebant; arboribus conſita, parte quinta conducebant, ſaltus vero, definito pretio in pecorum capita ut eſt apud Appianum *lib.* 1. *belli civilis*. Et licet in *legibus Georgicis* juſta partitio, fuerit ſexta, invenias tamen, & aliis, & in iiſdem. Ergo cum partiario colono locatio conductio contracta videri poteſt, ſi hoc actum eſt: ſin contra actum eſt ut fructuum ſocietas contraheretur, ſocietas dicenda eſt.

## DISPUNCTIO XXV.

An pacta quae adjiciunt vel detrahunt in *l. pacta* 72. *D. de contrah. emt.* intelligi debeant de adminiculis, vel de ſubſtantia emtionis?

Papinianus ait, *Pacta conventa quae poſtea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur: quae vero adjiciunt, credimus hoc, non ineſſe: quod locum habet in iis quae adminicula ſunt emtionis, veluti ne cautio duplae praeſtetur, aut ut cum fidejuſſore cautio duplae praeſtetur. Sed quo caſu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici poſſit aucto poſtea vel deminuto pretio, non immerito quaeſitum eſt: quoniam emtionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio.* Paulus notat, *Si omnibus integris manentibus, de augendo vel minuendo pretio rurſum convenit, receſſum a priore contractu, & nova emtio interceſſiſſe videtur.*

Sit

Sit haec ad quaeſtionem propoſitam brevis nec minus certa reſponſio, Detrahunt ea pacta; quae diſtrahunt & mutant naturam jam contractae emtionis, puta aucto vel imminuto pretio: adjiciunt quae quid praeter naturam, & ſubſtantiam ingerunt, veluti ſi de adminiculis, hoc eſt, de cautione aliquid conveniat, ſine quo ſtare poterat emtio venditio.

Tres ſpecies ad *d.l.*72. ut certum ejus uſum germanumque intellectum habeamus, neceſſario ponendae ſunt. *Prima* eſt, Convenit mihi tecum ut praedium meum tibi emtum eſſet 20. poſtea cum poeniteret me tam exiguo pretio illud vendidiſſe, nec inexorabilis eſſes, convenit rebus integris ut tibi emtum eſſet 30. Quaeſitum eſt an poſſem ex hoc novo pacto velut ex priore conventione agere? Et an tu quoque agere poſſes, cujus maxime intererat, propter commoda quae emtorem ſequuntur ex die emtionis: In quo proclivior Papinianus eſſe videtur. At pactum ex intervallo adjectum (quae fuit dubitationis ratio) ad agendum non valet: Reſpondendum eſt, id quidem regulariter verum eſſe. Sed hoc pactum cum detrahat ex emtione, & eam immutet, (quandoquidem fiat de ſubſtantia emtionis,) videri contineri contractu: quaſi ab initio non viginti ſed triginta, praedium meum veniſſet. In totum abiri poteſt ab emtione communi conſenſu: ergo & in parte, ut hoc caſu non reſcindatur ſed potius reformetur contractus. Et haec fuit ſententia Papiniani, quam Paulus non probaſſe videtur.

*Altera* ſpecies eſt, vendidi tibi fundum; de cautione a me praeſtanda, nihil dictum: verebar ne me urgeres ad repromittendum, quod jure poteras; Emtori duplam promitti a venditore oportet, non ut ſatisdetur ſed repromittatur, *l.*37.*D.de Evictionib.* Tu vero hoc onus mihi ſponte remiſiſti. Poſtea cum te convenirem de pretio actione ſcilicet ex vendito; Tu contra actione ex emto petiiſti, ut de dupla evictionis nomine repromitterem. Quaeſitum eſt, an ipſo jure tutus eſſem: an vero mihi neceſſe eſſet exceptionem allegare atque ita actionem tuam elidere. Reſpondit Papinianus, mihi omnino hoc caſu neceſſariam eſſe exceptionem. Videri poterat hoc pactum quod interceſſerat de non repromittendo, ipſo jure tollere actionem! At Papinianus ait, tale pactum non ineſſe, quia de adminiculis tantum non etiam de ſubſtantia emtionis eſſet; proindeque opus eſſe

exce-

exceptione, adeo ut niſi vigilem mihi allegando & probando ejuſmodi exceptionem, futurum ſit ut me condamnes ad repromittendum.

*Tertia* ſpecies eſt ejuſmodi. Poſt venditum a me fundum, ex intervallo cum emtore convenit, ut ei de dupla evictionis nomine caverem datis fidejuſſoribus. Quaeritur an poſſit emtor ex tali pacto agere? Negat Papinianus. At in prima ſpecie, datur ex pacto actio. Quidni & ex hoc, cum ad emtionem factum ſit, & ad eam omnino pertineat? Verum hoc ideo eſt, quod ejuſmodi pactum extra naturam & ſubſtantiam emtionis venditionis eſt, non quale illud prioris ſpeciei, quod erat ex ſubſtantia. In hac noviſſima ſpecie, pactum nihil detrahit emtioni, quia non mutat, aut reformat emtionem, ſed adjicit aliquid ei emtioni quae per ſe conſiſtere poteſt ſine adminiculo tali, utpote contenta re & pretio quibus ſolis perficitur, & conſtat ſtatim atque in utroque conſenſum eſt. Verum addit Papinianus, aliquo caſu non futurum ſine effectu tale pactum, agente verbi gratia me venditore ad pretium; ut ſcilicet eo caſu emtor recte recuſet pretii ſolutionem, ſi non ego ſatiſdem ſecundum pactionis fidem. Ita interpretor illa verba, *ſed quo caſu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis*. Papinianus ait, *agente venditore*, ſcilicet actione venditi ad pretium conſequendum, ut ei objiciatur exceptio doli hoc modo: Niſi dolo malo facias, qui fidem conventionis a me impleri deſideras quam ipſe non ſervas. Itaque non valebit pactum jure actionis, ſed valebit jure exceptionis.

Haec paulo aliter quam Cujacius, qui verba illa *agente venditore* accipit de venditore excipiente, & defendente ſe contra emtorem agentem: quia ſcilicet & reus in excipiendo agere dicitur: quod etſi verum eſt, id tamen fingere hoc caſu nullo modo neceſſe eſt. Equidem exiſtimo in interpretandis Juriſconſultorum reſponſis, ſpectare nos debere quid uſus ferat, & quid verſetur in ipſis rerum argumentis: ut quemadmodum illi, ita & nos ad quotidianum uſum diſputationes legitimas referamus.

Superioribus autem ſpeciebus propoſitis redit Papinianus ad primam, de qua fatetur dubitatum eſſe, *non immerito*, inquit, *quaeſitum eſt*: & ſubjicit, *quoniam emtionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio*. quae verba dubitationis rationem continent, ſe-

P cun-

cundum quae Paulus exiſtimavit tale pactum non ineſſe, ſed novam emtionem efficere. Itaque ſubjicitur Pauli nota: *receſſum*, inquit, *a priori contractu*, *& nova emtio interceſſiſſe videtur*. Quam notam ita exaudire debemus, ut in dubio hoc, quid actum ſit inter partes, ſtatuat Paulus receſſum videri a priori emtione: caeterum ſi alia mens contrahentium fuerit, credendum a Papiniano non diſſenſiſſe Paulum. Nam & ita idem Paulus in *l. Si unus* 27.§.3.*D.de Pact.Quid ſi*, inquit, *non ut totum contractum tolleret, pactum conventum interceſſerit, ſed ut imminuerit, poſterius pactum poteſt renovare primum contractum*. Et ita quoque ſenſit Ulpianus *l.7.*§.*adeo* 6.*D. Eod. tit.* his verbis, *Si igitur in totum poteſt, cur non & pars ejus pactione mutari poteſt*? Quos tamen locos Merillius in ſuam ſententiam profert.

Ex *eadem* vero *l.7.* §.5. (quando eam inſedimus) aeque ac ex *d.l.72. D.de Contrah.emt.* perſpicuum eſt pacta quae detrahunt, eſſe ex natura & ſubſtantia emtionis: nam ea ſola ex intervallo facta valent ad agendum; non ea quae ſunt de adminiculis. *Si poſt emtionem*, inquit Ulpianus, *ex intervallo*, *aliquid extra naturam contractus convenit ob hanc cauſam agi non poſſe*. Et infra §.6. *Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones poſtea factae quae ex eodem ſunt contractu* (puta de re & pretio) *inſunt*, *ut conſtet re nondum ſecuta poſſe abiri a tota emtione*. Ex his locis patet idem eſſe ex natura & ex contractu. In quo natura & ſubſtantia emtionis? Quid eſt ex contractu emtionis praeter conſenſum de re & pretio? De his autem tantum, non etiam de aliis quibuſcunque, pactum ex intervallo factum valet ad agendum. Nunc apta *l.72. Pacta*, inquit, *conventa quae poſtea facta detrahunt aliquid emtioni*, *contineri contractu videntur*. Nonne igitur eadem ſunt pacta ex natura, & ex ſubſtantia ſive ex contractu, atque pacta quae detrahunt? quod & *eadem lex* paulo poſt confirmat nimis.

Merillius nequit ſibi perſuadere pacta detrahentia eſſe de ſubſtantia. Perſuadeat vero ſibi pacta adjicientia non eſſe ex contractu, facile intelliget ex diverſo, detrahentia ex contractu & ſubſtantia eſſe. Qui patitur ſibi quid adjici ſine quo vitam jam antea tolerabat, hoc adjici ſibi & adminiculum eſſe ſentiet quidem: & ſi quis eidem veſtem qua neceſſario ſe contegebat eripiat: intelligent profecto quod ſuum erat ſibi auferri ac detrahi. Ter-

tul-

tullianus *de veland.Virg.cap.*30.*O Sacrilegae manus quae dicatum Deo habitum detrahere potuerunt*. Nec vero aliud docuit Cujacius ad *d.l.72.D.de contrah.emt.*10.*quaeſt.Pap. & Obſerv. lib.*10. *cap.*24. *& lib.* 14. *cap.* 28. Ubi omnibus quae in contrarium objiciuntur ſatisfeciſſe videtur. At ſubtile quiddam velut obiter tentavit *lib.* 2. *Obſervat.cap.* 15. quem tamen locum Merillius non integrum citavit, ex quo videri poſſit detrahentia pacta dixiſſe ea eſſe quae ſint de adminiculis. Sed animadvertendum Cujacium ibi, non ſimpliciter loqui de pactis ex intervallo factis de non cavendo, vel de ſatiſdando: ſed de iis loqui quatenus de iiſdem initio contrahendae emtionis convenerat: quae ſi poſtea ex intervallo mutentur, dixit (fateor) detrahere ea vel adjicere: ſed quo ſenſu, quave ratione? attende eam ſi placet Merilli: quia contractu continebantur, ut jam ita ex contractu eſſent: quam in rem potuit Cujacius aſſertorem vocare Pomponium in *l.Sed Celſus* 6.§.*ult.D.de Contrah.emt.* Ubi ille ita. *Conditio*, inquit, *quae initio contractus dicta eſt, poſtea alia pactione immutari poteſt, ſicuti etiam abiri tota emtione poteſt, ſi nondum impleta ſunt, quae utrinque praeſtari debuerunt.*

Jam vero quod contra videtur idem Cujacius habere ad *d. l.*72.*in recitationibus ad titulum de contrah. emt.* debuit potius Merillius male deſcriptam ab ignavis ſtudioſis recitationem ſupplere vel emendare, quam carpere. Et in eo quod ibi haec verba *agente venditore* Cujacius interpretatus eſt excipiente venditore, licet alia mihi magis arrideat interpretatio ut ſuperius notavi: hanc tamen etiam recipi poſſe non inficior nec variare mihi videor, dum haec dico: nec Cujacium utroque dicto magis variaſſe exiſtimo. Faceſſat igitur hoc ἐπίλογον Merillianum, magis admitterem pacta detrahentia & adjicientia fieri circa adminicula, non circa ſubſtantiam contractus. Faceſſat & ſumma praecipuaque ejus ratiocinatio, cum ait aucto vel imminuto pretio, fieri novum contractum, proindeque pactum de mutatione pretii non ineſſe priori contractui *eaque ipſa ratione Paulum hic notare Papinianum*. Si notavit: (quod non ſimpliciter dicendum eſt ut obſervavi ex *l.*27.§.3.*D.de Pactis.*) ergo ſecundum te Merilli Papinianus aliud, & aliud Paulus in hac quaeſtione conſtituit. Ergo ſi ſecundum ſententiam Pauli, pactum de mutatione pretii, id eſt, pactum circa ſubſtantiam emtionis non ineſt; ſe-

quitur ſecundum Papiniani ſententiam ineſſe: atque ideo ſecundum integram ejuſdem Papiniani doctrinam, pacta quae detrahunt, eſſe ea quae de pretio aucto vel imminuto, adeoque de ſubſtantia emtionis facta ſunt, ſecundum ejus verba, *contineri contractu videntur*.

## DISPUNCTIO XXVI.

### Periculum rei venditae nec traditae, an ſit emtoris aut venditoris?

OMne commodum rei venditae, necdum traditae, ſtatim poſt perfectam emtionem ad emtorem pertinere, & omne periculum quoque, ſi ſine dolo vel culpa venditoris res perierit, deteriorve facta fuerit, cum Graeci tum Latini auctores tradunt, & interpretes plerique fere omnes (uno excepto Cujacio) docent. Probatur haec definitio, *l.* 1. & *toto tit. Cod. de Peric.* & *com. rei vend. l.*7. & *l.*8. *D. eod. Synopſ. Baſilicων libro* 19. Perfectam autem emtionem dicimus, non tantum ſi res vendita tradita ſit, & pretium ſolutum quo caſu & perfecta & impleta eſt: ſed & ſi tradita non ſit. Ita Juſtinianus palam: & ita legendum prorſus apud Harmenopulum *lib.*3. *tit.*3. *numero* 1. ubi vulgo οὐ μόνον δὲ, ἀλλὰ κἂν ὁ ἔπρος τούτων &c. (qui error nec a translatore, nec a ſcholiaſte Graeco videtur animadverſus) pro quo, quis mihi neget legendum κἂν μὴ ſive καὶ εἰ μὴ ut patet ex *numero* 14. ubi theſis noſtrae partem habet, poſt perfectam venditionem periculum ad emtorem pertinere, hoc nominatim expreſſo etſi res tradita non ſit ἂν καὶ τὰ μάλιστα μήπω τὸ πρᾶγμα παραδίδοται. Perfecta eſt inquam ſtatim atque de re & pretio convenit, cum id quod venit apparet quid quale quantumque ſit & pure venit, *d. l.*8. *D. de Peric.* In hoc convenimus ego & Merillius. In eo diſſentimus, variaſſe Cujacium in hac quaeſtione: ille ait, ipſe nego. Diſſentimus & in modo diluendarum Cujacii rationum, & ejuſdem reſponſionum ad auctoritates ſententiae noſtrae.

Illi autem definitioni aperte videtur obloqui Africanus in *l. Si fundus* 33. *D. Locati*. Ubi publicato fundo, qui locatus vel venditus fuerat, ſtatuit publicationis caſum ad locatorem & venditorem pertinere, in tantum ut ſi mercedem ille, vel hic pretium

tium acceperit, reſtituere teneatur. *Si fundus*, inquit, *quem mihi locaveris publicatus ſit, teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non ſtet, quominus id praeſtes: quemadmodum ſi inſulam aedificandam locaſſes, & ſolum corruiſſet, nihilominus tenereris. Nam etſi vendideris mihi fundum, iſque prius quam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium reſtituas, ejus ſcilicet temporis quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praeſtare cogeris. Nam etſi colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur quem prohibere ne id faciat, poſſis: tantum ei praeſtabis quanti ejus interfuerit frui, in quo lucrum etiam ejus continebitur. Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*. Publicationis caſus periculi genus quoddam eſt, publicatus enim fundus amittitur & perit, non ut deſinat ejus eſſe in rerum natura, ſed ut deſinat ejus eſſe cujus erat, & praeſtari poſſe iis quibus debebatur: quo modo non minore damno adficiuntur ii quorum intererat fundum publicatum non eſſe, quam ſi chaſmate periiſſet.

Motus hoc argumento, loco, & exemplo Cujacius non dubitavit ſcribere ad *d.l.*33. ex ea lege intelligi, poſt perfectam venditionem periculum non reſpicere ad emtorem. Ad regulam vero ſive definitionem illam tot locis inculcatam & repetitam, Periculum pertinere ad emtorem, quod eſt rem perire emtori. Reſpondet perire quidem emtori, non pretium, quod emtori putat eſſe ſalvum ſemper, ut non compellatur illud ſolvere, vel ſi ſolverit, ut repetat. Quam in rem laudat *l. quod ſi neque* 14. *D. de Peric.* in qua, lectis venditis nec traditis, ſed ab AEdile confractis, periculum dicitur eſſe venditoris. Et confirmari ait *l.ult.D. de Condict.cauſa data*. in qua pecuniae repetitio eſt ab eo qui pecuniam dedit ut Stichus ei daretur, quem dicit eſſe caſum in permutatione, ad exemplum emtionis. Reſpondet autem *legi Lucius* 11. *D.de Evict.* cujus ſententia eſt, emtoris haeredes non recte recuſare reliquum pretium, eo praetextu quod juſſu principis fundus venditus partim diſtractus, partim veteranis aſſignatus eſſet: reſpondet, inquam, illi legi, traditum jam tempore publicationis fundum emtori fuiſſe; regulam autem eſſe de periculo contingente ante rei venditae traditionem; Quod veriſſimum eſt.

Digitized by Google

eſt. Ad §.*Cum autem* 3. *Inſt.de Emtione*. In quo, ut ille ait; perſpicue traditur re peremta ante traditionem, emtorem compelli pretium ſolvere, reſpondet in *Inſtitut.* tradi ſummas & ſtricti juris regulas, nihil vero tale proponi in *Digeſtis*, in quibus aequitas diligentius inſpicitur.

Verum idem Cujacius (ſi modo verus eſt Merillius) *in recitationibus* ad *Tit. Cod.de Act.emti.* ait poſt perfectam venditionem, emtorem omne periculum ſuſtinere etiam ante traditionem! Quae maniſeſtiſſima contradictio eſt.

Salva pace Merillii Anteceſſoris dixero, contradictionem nullam aut variationis umbram eſſe, ſi ſemel poſita de quacunque re, opinione vel ſententia noſtra, contrariam poſtea ſententiam proferamus velut vulgi, aut certi cujuſdam Interpretis, hoc nominatim praedicto, vulgi, aut illius interpretis opinionem eſſe, Hoc autem praeſtitit magnus Magiſter illo qui objicitur loco. Quod ut probe ac ſincere exaudiatur, aſſumendum eſt (quod facile annuent qui morem docendi praeſtantiſſimi viri tenent) uno ductu, una ut ita dicam ſaliva; & una recitatione, Cujacium expediviſſe ambos illos Titulos *de Periculo*, & *de Act. emti*. Exordio autem recitationis praemonuiſſe difficillimam eſſe quaeſtionem: & quaſi per otium ei non licuiſſet accuratiore ſtudio ac diligentia rem diſpicere, interea ſe vulgi ſententiam tradere, Verba ſunt ejus. *Primo oſtenditur ad quem pertineat commodum vel incommodum rei venditae, ad emtorem vel venditorem: quae quaeſtio eſt difficillima: de ea tamen id vulgo traditur &c.* Quis bonus, id eſt, erga Cujacium benignus non intelligat, quidquid deinceps de quaeſtione ediſſeruit ad vulgi opinionem referendum?

Ad reſponſiones & rationes Cujacii nunc veniamus! & primo quidem quod Cujacius dixit non ſibi officere *legem Lucius* 11.*D.de Evictionib.* jam ſupra bona fide agnovimus ſpeciem *d. legis Lucius* 11. eſſe de re publicata poſt traditionem.

Ad id quod dixit, rem perire emtori, quatenus res ei abeſt, ſed re vera perire venditori, quia pretium ſalvum manet emtori. Dico (nam & hic ſilet Merillius) ſingulare eſſe in caſu publicationis, reddi pretium emtori vel ab eo non exigi, cum in caeteris cauſis & ſpeciebus exigi poſſit, ut probatur collatis locis Digeſtorum cum §.*Cum autem* 3. *Inſt. de Emt.* ut mox videbimus.

Et

Et quidem ad *d.* §. (in quo ut Cujacius ipſe fatetur) perſpicue traditur, re peremta ante traditionem, compelli emtorem pretium ſolvere. Cujacius reſpondet in *Inſtitutionibus*, tradi ſummas & ſtricti juris regulas; contra quas in *libris Digeſtorum* fiat. An hoc verum? Merillius praetermittit. Dico, & in *Digeſtis* idipſum paſſim tradi atque edoceri. In *l.Si in emtione* 34.§.*pen.D.de Contrah. emt.* Paulus ait, *Si emtio ita facta fuerit, eſt mihi emtus Stichus aut Pamphilus: in poteſtate eſt venditoris, quem velit dare, ſicut in ſtipulationibus: ſed uno mortuo, qui ſupereſt dandus eſt, & ideo prioris periculum ad venditorem, poſterioris ad emtorem reſpicit: ſed etſi pariter deceſſerunt, pretium debetur: unus enim utique periculo emtoris vixit.* Ulpianus in *l.Julianus* 13.§.22. *D.de Act. emt.* docet ex vendito actionem eſſe ad ſumtus repetendos qui facti ſint a venditore in curationem aegri ſervi, vel etiam in funus ejuſdem *ante traditionem mortui*, quod ita intelligendum eſt, ut nec pretium quod forte praerogatum ſit, repetatur, vel ut ſi non ſit ſolutum, exigi poſſit. *Mortuo homine*, *perinde habenda eſt venditio ac ſi traditus fuiſſet: utpote cum venditor liberetur, & emtori homo pereat. Quare niſi juſta conventio intervenerit, actiones ex emto vendito manebunt.* inquit Julianus, *l.5.* §. *ult. D. de Reſcind.vend.* Ad haec verba *niſi juſta conventio, &c.* Accurſius apponit hoc exemplum, ut ſi donandi animo venditor emtori remittat pretium.

Sed quid dicemus ad *l.ſi fundus* 33. ſupra deſcriptam quae quidem ſola eſt arx Cujacianae (ut ita dicam) haereſeos.

Merillius, *Non movet quod in hac l.33.venditor emtori pretium reſtituere tenetur, publicato fundo ante traditionem, cum authoritate principis publicatus fuerit. Venditor publicatus veluti ut quadam majore prohibetur ne fundum poſſit tradere: ideo tenetur pretium fundi reſtituere.* Non eſt hoc ut mihi videtur reſpondere; ſed legem ipſam crudam ac indigeſtam proponere. Et vero Africanus comparat fundi publicationem periculo concuſſi aedificii. *Quemadmodum*, inquit, *ſi inſulam aedificandam locaſſes & ſolum corruiſſet nihilominus teneberis.* Et hoc periculum dicitur in *l.Marcius 59.eod.tit.locati.* Dico igitur hoc periculum publicationis ſpectare venditorem utpote adhuc poſſeſſorem fundi venditi tempore publicationis: quia talia damna cum propter belli leges praedia victis a victoribus auferuntur, poſſeſſori-

ſoribus accidunt quaſi poenae loco quod ſe ſuaque ſtatim non dediderint. Dixi poſſeſſoribus haec accidere damna, quibus & honoris loco nonnunquam agri ſui vel pars aliqua relinquebatur, unde dubitandi non inſubtilis ratio in *l.*15.§.*Item ſi forte* 2. *D. de Rei vindic.* ut omittat Siculi Flacci locum qui in omnium ore eſt. Stricto quidem jure venditor emtori ad id quod ejus intererat teneri videbatur, cum ejus calamitatis cauſa & ex ſuo tempore originem ſumpſiſſet, & in eum adhuc poſſeſſorem ejuſdem calamitatis caſus incidiſſet. AEquitas tamen fecit, quia ſine dolo & culpa venditor fundum illum vendiderat, ut ad reſtitutionem pretii duntaxat teneretur.

## DISPUNCTIO XXVII.

Onere vehendo conducto praerogata vectura, nec ſecuta vectione; An ſit actio ex locato; An actio ex promutuo?

ULpianus in *l.Ex conducto* 15.§.*Item cum quidam* 6. *D.Locati*, ſic habet. *Item cum quidam nave amiſſa vecturam quam promutua acceperat repeteretur* (id eſt, urgeretur per repetitionem pecuniae) *reſcriptum eſt ab Antonino Auguſto, non immerito Procuratorem Caeſaris ab eo vecturam repetere: cum munere vehendi functus non ſit, quod in omnibus perſonis ſimiliter obſervandum eſt*. Ait Textus *repetere*, ſed quo genere actionis, non aperit. AEque ſimpliciter Harmenopulus *lib.*2.*tit.*2.§.*ult.n.*21. τοῦ πλοίου ναυαγήσαντος, ὁ ναύκληρος· ἀποδίδωσι τὰ ναῦλα ἅπερ ἔλαβεν ἐν προχειρίᾳ, ὡς μὴ μετακομίσας.

Cujacius *lib.*3. *Obſerv. cap.*1. & rurſus *lib.* 8. *cap.* 34. ſcripſit locum eſſe *condictioni ex promutuo*. id eſt, condictioni indebiti; Indebiti ſolutionem promutuum eſſe, ſi ea ſolvantur quorum datione in creditum itur: & indebitum eſſe ſi ſolvero pecuniam quam nondum debeo, nec poſtea deberi coepi, ut in *d. l.*15. §. *Item cum quidam* 6. At (inquit Merilius) aliter idem Cujacius *in recitationibus Cod.ad Tit.de locato*, in *l.*5. ibi enim dixit nautam qui merces vehendas ſuſceperit & mercedem promutuam ſeu prorogatam acceperit, *teneri ex locato*.

Neque ſi hoc dixerit Cujacius *d.l.*5. actionem eſſe ex locato,

to, variaſſe dicendus eſt: & multo minus variator audiendus, ſi adjecerit ea quae Merillius in repetitione ſive expoſitione ſua reticet, ea ſcilicet verba, *& fidem fallat*. verba Cujacii ſunt, *Si qui conduxit frumentum vehendum accepta pecunia in anteceſſum, ſive promutuo, fidem fallat; tenetur ex locato*. Ab hoc loco ordiamur! Hic non ſimpliciter Cujacius dixit actionem eſſe ex locato, ſed ita: ſi conductor fidem fallat. At Merillius arte logica nova hypotheticam & complexam propoſitionem quaſi ſimplicem habet, & pro cathegorica: nec mendacium arbitratur ſi a ſenſu compoſito ad ſimplicem ſive diviſum argumentetur, quod nulli docti ferent, & Aphrodiſſaeus & Javellus riderent. Ergo ita intelligendus ſincere Cujacius, ut cum dixerit in redemtorem ſive conductorem eſſe actionem locati, id ſenſerit non ſimpliciter, ſed hoc caſu, ſi fidem fefelliſſet, ut *l. Si hi* 14. *Cod. de Locato*.

Sed (qui alter & primus eſt caſus) etſi ſimpliciter Cujacius ſive diverſis locis ſive uno eodemque loco dixiſſet, locum eſſe actioni locati, atque etiam condictioni: non ideo profecto contraria dixiſſe putandus eſt. Quaſi vero ex eodem facto, negotio & cauſa multiplex ſaepe non oriatur actio! Depoſituro apud te veſtem mandaſti, ut apud libertum tuum deponeret, quis negat depoſiti actionem eſſe? ſed cur non ſit & mandati? *leg.* 1. §. 14. *D. Depoſ.* Si Medicus ſervum imperite ſecuerit, Proculus ait, vel ex locato, vel ex l. Aquilia competere actionem, *l.7. in fin. D. ad l. Aquil.* Qui tabulas apud ſe depoſitas delevit, quot actionibus ſubjicitur? *l.42. eod. tit.* Nec mihi dicas non concurrere nominatas actiones cum condictione! Nam ut nominatae plures invicem, ita & cum condictione concurrere poſſunt. *Exceptio jurisjurandi, non tantum ſi ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet: ſed etiam, ſi alia: ſi modo eadem quaeſtio in hoc judicium deducatur; forte ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, caeteraque ſimilia, jusjurandum exactum ſit, deinde ex iis cauſis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque conſumitur.* Ita Ulpian. *l. In duobus* 28. §. 4. *D. de Jurejur.* & rurſus idem in *l. de eadem re* 5. *D. de Except. rei judic. De eadem re*, inquit, *agere videtur, & qui non eadem actione agat qua ab initio agebat, ſed etiam ſi alia experiatur, de eadem tamen re: ut puta ſi quis mandati acturus*

*cum ei adverſarius judicio ſiſtendi cauſa promiſiſſet, propter eandem rem agat negotiorum geſtorum, vel condicat &c.*

Vere itaque Cujacius dixit (ſi modo dixit) id eſt dicere potuit in redemtorem ſive conductorem oneris vehendi utraque actione agi poſſe vel condictione, vel actione ex locato. Conſultiſſime vero docuit condictioni locum eſſe poſſe, ſi conductor, ſine dolo & culpa eſſet: quod Juriſconſultus in *d. l. Ex conducto* 15.*d.*§.*Item cum quidam* 6. innuere videtur, cum repetendi verbo non ſemel uſus eſt, quo verbo condictionem ob rem ſignificari etiam videmus paſſim in *Tit. de Condict. cauſa dat.* & condictionem indebiti, paſſim quoque *Tit. de Condict. indeb.* Et vero quare non eſſet condictioni locus, cum & fulloni ad repetendum pretium veſtimentorum a ſe amiſſorum, quae poſtea dominus inveniſſet, non tantum ex conducto agere liceat, quod citra dubitationem eſt, ſed condictio etiam non denegetur, quaſi ſine cauſa pretium quod dediſſet, ſolviſſe videatur? *l. Si fullo* 2. *D. de Condict. ſine cauſa*. Nam etſi negotium ineſſe videatur cum datur ut quid ſequatur, non tamen minus ex aequo & bono condictio eſt, *l. damus* 52.*in fin. l. In ſumma* 65.§.4. *& l. pen. D. de Condict. indeb.*

Ait Merillius, Condictione indebiti ſi ageretur, vectura repeteretur; nec haberetur ratio ejus quod nauta oneris vehendi cauſa in navem inſtruendam impendiſſet. Metus hic inanis, poſita enim doli exceptione nauta quidquid impenderit, ſervare poterit.

Ecce quam fluxis & infirmis rationibus problema Cujacianum Merillius hic impugnavit. Dicet forte, An tu advena nove, melioribus potes? Minimo labore. Enimvero etſi non prorſus abnuam condictioni ſine cauſa in ſpecie *d. legis Ex conducto* 15.*d.*§.*Item cum quidam* 6. locum eſſe poſſe. Nego tamen in ea locum eſſe condictioni indebiti. At concurrunt ſaepe numero! Non ſemper, non neceſſario, denique numquam, ſi jus non ſinat: ſcilicet ubicunque per errorem quid datum eſt, concurrant licet. At ubi non interceſſit error, indebiti condictio non eſt. Ita idem Ulpianus eodem ipſo loco, id eſt, libro 32. ad Edictum unde eſt *d. lex Ex conducto* 15. docet. *l. Sed addes* 19. §.6. *D. Locati conducti*. Audiamus eum. *Si quis cum in annum habitationem conduxiſſet, penſionem totius anni dederit: deinde inſula poſt*

*ſex*

*ſex menſes ruerit , vel incendio conſumta ſit , penſionem reſidui temporis rectiſſime Mela ſcripſit ex conducto actione repetiturum , non quaſi indebitum condicturum : non enim per errorem dedit plus , ſed ut ſibi in cauſam conductionis proficeret &c.*

## DISPUNCTIO XXVIII.

An neceſſe ſit in permutatione dominium transferri : vel ſufficiat rem tradi , ut in venditione ?

Sileamus tantiſper de Cujacio & de Merillio , dum quid rei ſit ex ſententia noſtra ediſſeramus . Certum eſt diſcretos eſſe contractus propria quadam differentia , & eſſe igitur unicuique ſuam naturam , cui ſi detrahatur adjectione ejus quod ad alium pertineat, aliud negotium fit quam quod agi videbatur : ut ecce, ſi rem meam utendam tibi do gratuito , commodatum eſt : ſi non gratuito locatio conductio . §. *Item is cui* 2. *in fin. Inſtit. Quibus modis re contrah. oblig.* veſtimenta ſervanda balneatori dedi , ſi nullam mercedem accepit , depoſitum eſt ; ſi accepit, locatio , *l.* 1. §. 8. *D. Depoſiti* . Pecuniam tibi commendavi , quid aliud eſt commendare quam deponere ? Depoſiti natura eſt ut res commendata cuſtodiatur ſine mercede , reſtituaturque ipſa , non alia . Quod ſi convenerit ut tu mihi tantundem redderes , egreditur ea res notiſſimos terminos depoſiti , tranſit igitur in mutuum , *l. Lucius* 24. *D. Depoſiti* . Idem de mandato & de ſocietate , *l. ſi tibi rem vendendam* 13. *D. de Praeſcr. verb.* Plerique contractus cognationem & affinitatem multam habent, & tantam interdum ſimilitudinem , ut ſimiles pro iiſdem incautus accipiat, cum tamen nullum ſimile ſit idem : itaque diſcerni debent ſua quique natura , quae ipſa differentiam propriam conſtituit , vel potius ipſa differentia ſpeciem facit,quod Porphyrius ſignificat, cum ait differentiam eſſe priorem ſpecie ἡ μὲν διαφορὰ προτέρα τοῦ κατ᾽ αὐτὴν εἴδους.

Tanta vero eſt inter emtionem,venditionem, & permutationem ſimilitudo , ut dubitatum ſit an unum idemque eſſent , an diverſa : & Sabiniani quidem emtum dicebant quod eſſet permutatum . Nimirum emtio origine fuit permutatio , cum eſſet omne commercium in permutatione , dum quod aliis affatim erat & ſupererat , aliis deerat aut propter cupiditatem & libidinem ex-

petebatur : ut de Tarteſſianis & Phoenicibus ſcribit Ariſtoteles libro *de mirabilib. Auſcult.* Phoenicum primos cum Tarteſſum navigaſſent , pro oleo aliaque nautica vili merce tantam argenti vim exportaſſe , ut armamenta navium pleraque , & ipſas etiam anchoras argenteas facere cogerentur. τοὺς πρώτους τῶν φοινίκων ἐπὶ ταρτησσὸν πλεύσαντας λέγεται τοσοῦτον ἀργύριον ἀντιφορτίσασθαι ἔλαιον καὶ ἄλλον ναυτικὸ ῥῶπον *&c.* vulgo legitur ῥύτον , Sed ῥῶπον melius . Nam Euſtathius *Iliad.* N. *fol.* 927. ( Ubi docet unde ῥωπήϊα ) ῥῶπον etiam definit ? ῥῶπος , inquit, λεπτὸς καὶ ἁπλῆς φορτὸς . Inde ῥωποπώλης quem vernacule dicimus *petit mercier* . Sordidae mercis negotiator. ut ait Quintil. *lib.*1. *cap.*12. Locum autem illum Ariſtotelis videtur reſpexiſſe M. Tullius *lib.*3.*de Repub.Phoenices* , inquit , *primi mercaturis & mercibus ſuis avaritiam , & magnificentiam , & inexplebiles cupiditates omnium rerum exportaverunt in Graeciam* . Sed ex quo cuſus eſt numus quo aequalitate quantitatis difficultati permutationum occurreretur , datio pecuniae pro merce appellata eſt emtio venditio , & coepit diſtingui emtor a venditore qui in permutatione dignoſci non poterat : nec ultra merx utrumque fuit , ſed alterum pretium , alterum merx : denique placuit permutationem rerum non eſſe emtionem , *l.*5. *D. de Praeſcr. verb.* Adeoque apud omnes gentes obtinuit , ut ſine nummis non eſſet venditio , utque ſolo conſenſu emtio venditio perficeretur , ſuasque ſingulares notas atque praeſtationes haberet , quae omnia Paulus ediſſerit , *l.*1.*D.de Contrab.emt.* & *l.*1. *D.de Rer.perm.*

Exinde duo ſecuta ſunt . Primum eſt , ut emtio venditio vicerit utilitate ſua ac prope ſupplantaverit permutationem , rebus ita dictantibus ut facilius ad vendendum quis invitetur oblata ſibi pecunia , quam ad permutandum , oblata forte re aliqua minime neceſſaria , *d.l.*1. *D.de Contrab.emt.* Alterum eſt , ut emtor omnimodo & neceſſario pro pretio rei emtae nummos ſuos, non alienos venditori dare teneatur , hoc eſt , dominium tranſferre , non etiam venditor dominium rei venditae : quod tamen originis ratio aeque videbatur poſcere in venditore, atque in emtore ; cum permutationes olim , ( ut etiamnum hodie ) non niſi inter dominos , re utrinque data fierent . Sed ratio fecit ut aliud in venditore , aliud in emtore ſervaretur . Qui pretium debet , rem certam , id eſt , certum corpus non debet , ſed quantitatem

quam

quam undecunque corradere poteſt, *l. Quidam* 36. *D. de Leg.*1. vendat pecora, mancipia, margarita, diſtrahat ſuppellectilem vel res ſoli, conficiet pecuniam: ita facile ei eſt ſuam pecuniam, ſuoſque nummos dare, & utique igitur dare debet, ut venditor ſtatim quae ſibi neceſſaria ſunt comparet. At qui rem certam vendidit, certae rei debitor factus eſt, certique corporis quod ſemel tantum eſt, nec functionem recipit in genere ſuo, ideoque tradendum eſt ipſum non aliud pro eo, tradendum, inquam, licet alienum, ut ideo excuſetur venditor ſi dominium non transferat quod non habet. Vix venditor ſervat pecuniam, ſed pretium rei venditae ſtatim erogat: emtor autem rem ſervat, vel ut tantiſper pluris vendat: ideoque viſum eſt, & omnium conſenſu receptum, ut emtor teneretur pretium dare venditori, ita loquuntur noſtri, ut *l.*31.§.8.*D.de AEdilitio Edicto*. Horat.*lib.*2. *epiſt.*2.*v.*16.

*Da nummos, excepta nihil te ſi fuga laedat.*

quod non eſt receptum in venditore, obſtante rei difficultate, ſed hoc tantum receptum, ut emtori rem traderet, praeſtaretque habere ei licere, ex quo uſu rem ſuam facere poſſet ex bona fide, utque idem venditor ſine dolo ſit, & evictionem praeſtet, *d.l.*1.*D.de Rerum perm.l.ex emto* 11.1.*D.de Act.emti.* & aliis vulgatiſſ. locis.

At permutatio manſit in ſua natura: ſoli olim domini res ſuas permutabant, erat permutatio rerum propriarum non alienarum, eſt & hodie ejuſmodi: vendendi & emendi neceſſitas maxima eſt, permutandi non tanta vel forte nulla. Itaque ut res aliena vendatur recipi poteſt, ut permutetur, non item. Et ut diſputationem hanc ad noſtros tantem deducam: aperte Paulus Pedium dixiſſe refert, *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*, *d.l.*1. §.3. *D.de Rerum perm.* Quid eſt *permutare*? Nihil aliud certe quam hoc agere, ut res noſtrae dominio mutentur; ut mea tua, & tua retro mea fiat: quod probatur facile hoc modo. In tractatu totius ob rem dati, qui his articulis continetur do ut des, do ut facias, facio ut des, f cio ut facias: certum eſt dare, ſignificare dominium transferre, *leg. ult.D.de Condict.cauſa data*. *l.Naturalis* 5.*D.de Praeſcr.verb.* ut in aliis ſpeciebus puta ſtipulatione dandi, *l.ſi ita* 25. *D. de Contrah.emt.* & in formula condictionis (ſi paret adverſarium dare opor-

oportere ) §. *ſic itaque diſcretis* 14. *Inſt. de Act.* ubi Theophilus δοῦναι γάρ ἐστι τὸ ποιῆσαι δεσπότην : & cum dicimus emtorem dare pretium debere, *d.l.* 31. §. 8. *D. de AEdil. Edict.* Atqui permutatio ut notum eſt, pertinet ad tractatum ob rem dati, nimirum ad primum articulum, do ut des, *d.l.* 5. §. 1. *D. Praeſcr. verb.* Ergo in permutatione transfertur dominium.

Hoc confirmari poteſt, *l. ſcribit* 34. *in pr. verſic. Quod ſi aurum. D. de Auro.* ubi talis ſpecies habetur. Aurum ſuum omne teſtator legavit uxori, id eſt, aurum quod ejuſdem teſtatoris eſſet mortis tempore, Idem teſtator aurifici aurum dederat, ut vaſculum ſibi faceret, non quidem ex eodem auro, ſed ex alia auri maſſa quae penes ipſum aurifabrum erat: mortuo teſtatore quaeſitum eſt, an illud aurum quod teſtator aurifici dederat, cederet legato mulieris? Pomponius demonſtrat non cedere hac ratione, quia id aurum non eſſet teſtatoris cum moreretur jam factum artificis genere quodam permutationis, *quippe*, inquit, *quaſi permutationem feciſſe videtur*. Quod eo proculdubio dictum eſt, quod certum ſit permutatione dominium transferri.

Merillius autem in contraria eſt opinione: & contra expreſſa Pedii verba ſcribit cum hic nunc, tum olim in *ſuis Obſervationibus* rei alienae permutationem eſſe. In permutatione, inquit, neuter tenetur rem facere accipientis, quia utrumque eſt merx, uterque venditor eſſe intelligitur: rurſus ille. In permutatione ſufficit rem tradi, res tradita initium obligationi praebet. Ad authoritatem Pedii ſi aves ſcire quid reſpondeat, verba ejus ſunt, *Licet rei alienae permutatio non contrahatur, non tamen ſequitur dominium transferri debere, ſufficit in permutatione rem propriam dari dominio in bonis vel poſſeſſionis, licet propria non ſit dominio Juris Civilis: ſatis eſt ad contrahendam permutationem, ſi res quoquomodo propria detur, dummodo non detur aliena. Bonae fidei poſſeſſor permutationem contrahit, quia rem ſuam dat.* Ad *l. ſcribit* 34. *D. de Auro.* reſpondet, ut in venditione dominium transfertur ſi venditor ſit dominus, ita in permutatione.

Deus bone! quantas nugas quanto molimine? Cum Pedius dixit *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*, alienam intellexit quae non eſſet in dominio dantis, quod eſt juris gentium, vel juris Quiritium: duplex hoc genus dominii in uſu juris ſolum attenditur, ut cum dicimus rei vindicationem compe-

pete-

petere domino, *l. in rem* 23. *D. de Rei vindic.* bonae fidei poſſeſſor perpetuo ſeparatur a domino, *d. tit. de Rei vind. toto tit. de publiciana. toto tit. de uſurp. & uſucap.* & paſſim: ut quid cavillamur? Qui rem alienam emit, alius eſt a domino, *l. ult. D. de Praecario*. Quae alicujus res eſt, alterius non eſt, *l. ſi inter me* 15. *D. de Except. rei judicatae*. Ubinam ſcriptum, aut uſquam relatum bonae fidei poſſeſſorem dici, rem ſuam tradere quae ipſa aliena ſit, aut eandem ipſam alienam non eſſe: *Si dominium in fundo quis habuit, id tradendo transfert, ſi non habuit, nihil transfert*, inquit Ulpianus, *l. Traditio* 20. *in pr. D. de Acquir. rer. dom.* Et Modeſtinus *l.* 52. *eod. tit. Rem in bonis noſtris habere* intelligimur, *quoties poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam, actionem habemus*.

Finge, Titius rem ſuam, id eſt, jure gentium, vel civili ſuam effectam Sejo permutationis cauſa dedit. Sejus econtra, rem a ſe bona fide emtam Titio tradidit, vel etiam non tradidit, cum de ea tradenda conveniſſet. An eſt contracta permutatio? Utique contracta eſt. Ratio eſt, quia coepit permutatio a datione, *l.* 1. *D. de Rerum permutat.* An poterit Titius agere praeſcriptis verbis ad id quod intereſt rem a Sejo datam non eſſe? Et utique agere poterit, *l.* 4. *Cod. de Rerum permut. & l. antepen. Cod. de Evict.* Quid igitur ſi Titius rem non ſuam Sejo tradiderit? an agere contra Sejum poterit? Et ſequitur a contrario & ſecundum Pedii ſententiam, non poſſe: quia quae incipere poterat obligatio ſive permutationis contractus a datione, non coepit; quod omnino neceſſarium fuit. Quod autem Merillius adfert ad argumentum deductum ex *d. l. Scribit* 34. Leviſſima eſt conjectura: quaſi Pomponius non potius de jure reſponderit quam de facto, ut illa verba *permutationem feciſſe videri defunctum* omnino jus contineant ut haec *quaſi ſocietatis jure*, in *l.* 25. §. 6. *D. Locati*, naturam ſocietatis deſignant.

Negotium forte Merillio faceſſit quod ait *d. l.* 1. *D. de Rerum permut. In permutatione, ſi utrumque quod traditur pretium eſt, utriuſque rem fieri oportere, ſi merx, neutrius*. Poſſit enim ita argumentari. Non utrumque quidem pretium, ſed utrumque in permutatione merx eſt. Ergo in permutatione, translatio dominii neceſſaria non eſt. Verum quis non intelligit, quod ſuperius dictum eſt, eo dictum eſſe ut doceatur permutationem non

eſſe

eſſe venditionem, & illud dictum, ſpectato eo quod in venditione eſt, non ſpectato eo quod in permutatione ſit.

Rurſus dicat Merillius. Re aliena tradita, ſaltem eſt actio ut res reddatur, ſi alius ex ſua parte non det, quod dare eum convenit. Reſpondeo eſſe condictionem: non praeſcriptis verbis actionem quaſi ex permutatione. Ex bono & aequo repetitio datur, *d.l.*1.*D. de Rerum perm. l.*5. §.1. *D. de Praeſcript. verb.l.In ſumma* 64.§.*quod ob rem* 4.*D.de Condict. indeb.*

Jam quod ad Cujacium attinet, ſi momentum aliquod contra eum facit quod ex ejus Poſthumis operibus profertur; videri poſſit id pene ſenſiſſe aliquando, quod hodie Merillius; permutationem ſcilicet non deſiderare dominii translationem. Nam in eo Pedii dicto, *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*, adlaboraſſe quidem videtur, lib.33.ad Edictum Pauli, in explicanda *l.* 1. *D. de Rerum perm.* Sed non tam colluctatio quam certaminis finis intuendus eſt: porro ita concludit. *Proinde ſic ſtatuamus, re aliena ab alterutro data, claudicare permutationem ex parte ejus qui dedit rem alienam*. Quod alieniſſimum eſt a ſententia Merilliana. Nec aliud idem Cujacius *lib.*23. *Obſerv.cap.*28.ubi ita habet. *Proinde re aliena ab alterutro data, claudicat permutatio; quod ſaepe evenit & in aliis negotiis. Et cum unus rem ſuam dedit & fecit accipientis, ſi alter ei quoque viciſſim rem ſuam nolit dare, tum ſane liberum eſt ei qui rem ſuam dare occupavit, vel agere praeſcriptis verbis quaſi ex permutatione quanti intereſt*. Quae ſi integra Merillius retuliſſet cauſam ſuam prodidiſſent. Nunc credam Attico teſti.

## DISPUNCTIO XXIX.

Praeſcriptis verbis actio unde dicta?

PRofecto Cujacius, in notanda originatione actionis praeſcriptis verbis, non variavit: & ei ſolum poteſt variaſſe videri, qui nec ſequitur eum, nec aſſequitur. Ille ergo ad §.1. *Inſtit. de location. Praeſcriptis*, inquit, *verbis dicitur quod detur ex praeſcripto conventionum, vel proinde uti convenerit, ſi conventio ſcripta non ſit*, *l.*1.§.*Si quis ſervum* 9.*D.Depoſiti. l.Si dominus* 8. *D.de Praeſcr.verb.Eſt igitur praeſcriptis verbis* τῶν προγεγραμμένων

*μένων συμφώνων actio . Sic enim a Conſtantino nuncupata eſt lib.*11.*Epitom. tit.*13. Haec ille ibi . Sed forte obſcurum hoc eſt, hoc enim eſt dicere ſecundum quod conventione praeſcriptum eſt, vel narrata conventione, narrato facto ut idem alibi, *tract.* 1. *ad Africanum*, ſive ad *l.*24.*D.de Praeſcript.verb.*narrata conventione , ſcilicet ut ea conventione praeſcriptum quid eſt : quod Gallice dicimus ; *Il faut expoſer le fait & les propres termes du marché ou de la convention* . quia praeſcriptis verbis actio ex conventionibus datur . Si non igitur praeſcribuntur conventionum verba , nec conſequenter appellabitur praeſcriptis verbis , ſed in factum ſimpliciter .

Videamus an aliud Cujacius voluerit ad *l.* 7. *D. de Pactis* . quam ei objicit Merillius . Ibi improbat Cujacius expoſitionem eorum qui ſimpliciter praeſcriptis verbis actionem appellatam volunt , quod ejus actionis verba rei geſtae explicationem contineant . *Hac enim* , inquit , *ratione in factum civilis accommodata legi Aquiliae, imo omnes in factum actiones praeſcriptis verbis appellabuntur quod admittendum non eſt* . *Sed* ( objicit Merillius ) *aliter in recitationibus ad titulum de praeſcriptis verb.*Mox haec profert quaſi ex Cujacio : *Et notandum , hanc ideo vocari praeſcriptis verbis ; quod rei geſtae narrationem contineat . Dicitur etiam in factum , quaſi in factum compoſita* . Nae ſi ego tale facinus ; audiam libenter ,

*Vappa lippus , & in tenui farragine mendax* .

Enimvero reddenda eſt negatio , unde detracta eſt illo loco: Ubi legitur ex typis Lutetianis : *Et notandum hanc ideo non vocari praeſcriptis verbis , quod rei geſtae narrationem contineat* . Et legendum omnino ita , praecedentia volunt . *Dicitur* ( ait Cujacius ) *praeſcriptis verbis , quia datur ex praeſcripto contrahentium , caeterae actiones dantur a Praetore conceptis verbis ; quod ſi ſcripto caret contractus , datur actio ex rudi & ſimplici eorum qui contraxerunt conventione* . Et iterum addit , *haec enim actio non datur niſi ex contractu* .

Si dolo vacuus Accuſator eſt ! non ſane culpa . Lapſus eſt forte quod videret ſcriptum a Magiſtro , non vocari hanc actionem praeſcriptis verbis , quod rei geſtae narrationem contineret. Sed quis in jure ſapit , nec intelligit hoc exaudiendum eſſe , ut non ſimpliciter ex rei geſtae narratione appelletur praeſcriptis

r ver-

verbis, ſed propter verba conventionis? Denique ut rem teneamus, praeſcriptis verbis actio eſt, quia ſecundum verba conventionis datur, & nunquam non ex conventione; cum in factum actio detur etiam ubi conventio nulla.

## DISPUNCTIO XXX.

Actio in factum utilis ex l. Aquilia; an civilis, an Praetoria ſit?

Actionum inſtituendarum diligens obſervatio apud Romanos fuit ſemper, ut inepta actione & negotio quod proponeretur minus congrua ageretur fruſtra: qui mos ob antiquis Pontificibus duravit per varia Reipub. tempora, nec deſtitit ſub Imperatoribus Theodoſio & Valentiano, formulis agendi etiam ſublatis, *l.2.Cod.de Formulis*. Placuit hoc & Chriſtianis Pontificibus, *cap.Examinata 15. extra de Judiciis*. nec Gallicis, ut ſat ſcio, Tribunalibus diſplicuit. Cauſa vero tam religioſi delectus non alia fuit, quam veritatis explicandae ſtudium, cujus in judiciis potiſſimam rationem eſſe debere intelligebant. Qua de cauſa & jusjurandi formulas ut liquido & ex animi ſententia juraretur, accommodari praecipiebant, *l.8.§.jubetur 5.D.Qui ſatisdare cogantur*. ut curioſius ſacramentum praeſtarent ut ait *lex ult. Cod. de fide inſtrument*. & cautiones etiam certis verbis concipi, ne promiſſores deciperentur ut *l. Cum res* 47. §. 2. *in fin. D. de Legat*. 1.

Eò referendus uſus actionum quas in factum appellavere. Nam cum plerique nec tamen omnes contractus certam habeant naturam, qua hominum negotia & geſta concluduntur, & leges quoque certos caſus habeant quibus delicta cenſentur, & aeſtimantur, nec tamen omnes caſus comprehendunt: ut certis contractibus, ita & certis delictis & actionibus quae ex iis competunt, certa nomina dederunt ex quibus ſatis intelligeretur quid rei eſſet: incertis vero & negotiis & factis ſive admiſſis, generalem actionem, & eidem actioni generalem appellationem impoſuerunt, in factum ſcilicet, in qua proponenda factum omni ex parte narraretur, adeo ut, ſi factum conventione aliqua ſive ſcripta ſive non ſcripta contineretur, verba conventionis proponerentur, unde praeſcriptis verbis in factum actio: de qua *ſuperiore*

*capi-*

Digitized by Google

*capite*. ſin res & factum ad conventionem non pertineret, aut in certam delicti ſpeciem non caderet, in factum actio conciperetur. Et quod ad delicta attinet, ne res exemplis careat, quatuor haec privata delicta, furtum, rapina, damnum, & injuria, legibus vindicantur certa civili actione ad ſingula comparata, uno quoque eorum certa definitione concluſo, ut certa ex cauſa certoque facto intelligatur factum furtum, damnum &c. & ita certa ſit actio ex omnibus: extra illam cauſam, non ſit. Lex certa eſt ex certis atque expreſſis verbis: & certa inde actio in certo caſu competit, certiſque perſonis, & contra certas perſonas datur. Quis fur dicatur & quid ſit furtum, furti definitio palam facit: fac furem inter furandum fregiſſe aut rupiſſe quid, quod non furandi cauſa contrectaverit, erit ne furti actio? non erit, *l. Si quid fur* 22.*D.de Furtis*. erit ex l.Aquilia, *l.*27.*§.*5.*D.ad l.Aquil.* Qui pecus fugavit dolo malo ut a ſociis interciperetur, furti tenetur: ſi ſine dolo & per laſciviam id fecit, & pecus inciderit in fures, non tenebitur furti, ſed in factum actio in eum danda erit, *l.In furti* 50. *§.ult.D.de Furt.* Lege Aquilia tenetur qui ſervum vel pecus alienum occidit: occidere quidem dicitur vulgo, qui cauſam mortis quolibet modo praebet; ſed in l.Aquilia, occidere dicitur qui adhibita vi & manu ſua occidit, a caedendo deducta appellatione, *l.Ita vulneratus* 51.*D. ad l.Aquil.* Itaque occidere proprie eſt corpore ſuo corpus vita privare: & l. Aquilia proprie tenetur qui corpore ſuo vivum corpus peremit, aut alias corpore ſuo alieno corpori nocuit. Quid igitur ſi non corpore ſuo, ſed aliter? puta ſi incluſum pecus fame mori coëgit, aut ita fugavit ut praecipitaretur: an tenetur ipſa l.Aquilia? verba enim legis Aquiliae ad hunc caſum non pertinent. At ſaltem hic caſus a ſententia leg.Aquiliae non abhorret: paulum enim abeſt, quin corpore ſuo nocuerit, qui corpori alieno facto ſuo nocuerit, qui cauſam mortis praebuerit, *l.*7. *§. Celſus* 6. *& l.Item ſi obſtetrix* 9.*D.Eod.tit.* Ita eſt, proindeque etſi directa & propria hoc caſu actio non competat, utilis tamen, ex ſententia Legis & quaſi ex l.Aquilia dabitur, *§.ult.Inſt.de l.Aquil. l. Nam & praecipitata* 51. *D. de Furt.* ad exemplum Legis Aquiliae, quia ſimilis caſus eſt, *l.Boves* 53.*D.ad l.Aquil.* Et utilis haec actio in factum eſt: nam cum directa non ſit, id eſt, proprio caſu Legis non competat, actorem oportet enarrare quo modo,quave ratione adver-

r 2 ſarius

ſarius damnum dederit; & haec actio in factum utilis appellatur, ſeu in factum accommodata Legi Aquiliae, *l.Quia* 11.*D.de Praeſcr.verb.* In hac utili actione perinde atque in directa, nocitum eſt corpori alieno, ſed diverſo modo. Datur tertius caſus in explicatione Legis Aquiliae quo licet nec corpore: nec corpori alieno nocitum ſit, eſt tamen actio propter damnum quod ex facto alicujus contigerit, puta ſi miſericordiae cauſa ſervum meum vinctum quis ſolverit, qui fugam mox arripuerit: hoc factum neque furtum eſt, *l.*7.§.7.*D. de Dolo*. neque ſimile eſt ſuperioribus duobus caſibus ad Legem Aquiliam vel ejus ſententiam pertinentibus; reſtat igitur ut ipſius facti ratione ad eam actionem veniatur quae dolo proxima eſt, quae dicitur in factum, praetoria ſcilicet, proxima actioni dolo. §. *ult. Inſt.de l. Aquil.* cujuſmodi dari ſolet a Praetore in ſubſidium, *l.*7.§.2.*D.de Pactis*.

His ita conſtitutis, quaeritur an utilis illa in factum actio quae ſecundo caſu datur, civilis ſit, an Praetoria? Merillius Praetoriam dicit: Cujacius ubique docuit eſſe civilem; & adeo infirmum & male fidum accuſationis ſuae nactus eſt adverſarium, ut titubet in proponenda delatione, *Cujacius*, inquit, *in notis prioribus, civilem dici debere exiſtimat. Idem tamen ad Titulum de pactis l.7. in pr. ait principium legis Qui ſervandarum* 14. *D.de praeſcr.verbis*, *accipiendum de actione in factum Praetoria. Et quidem ſi intelligit actionem in factum utilem quae datur exemplo legis Aquiliae, eam Praetoriam eſſe exiſtimat*. Quae iſtaec accuſatio. *Si Cujacius intelligit*? Quid ſi non intelligit? Ergo nulla variatio. Si hominem Titius occidit, reus eſt Titius legis Corneliae de Sicariis: ſi non occidit, tutus eſt eo judicio.

Sed ad quaeſtionem veniamus, *An in factum utilis actio ex l.Aquilia civilis ſit, an Praetoria*; Probo civilem eſſe. Utilis in factum actio accommodata legi Aquiliae vel alii legi, diſtinguitur ab actione in factum Praetoria; Ergo Praetoria non eſt. Probatur antecedens ex ordine actionum omnium qui talis eſſe noſcitur, ut primum locum obtineant civiles nominatae, ſecundum locum civiles innominatae, quae in factum civiles dicuntur, (quarum aliae praeſcriptis verbis ſunt, ſcilicet quae ex conventionibus dantur, aliae ſimpliciter in factum appellantur, non etiam preſcriptis verbis, ut *ſuperiore capite* ex Magiſtro dictum eſt) tertium Praetoriae directae & utiles ex Praetorum Edictis compara-

paratae, id eſt, tam ex verbis quam ex eorum ſententia; quartum actio de dolo; quintum denique in factum Praetoria generalis ex decreto, ſecundum ea quae magiſter docuit ad *l.7. D. de Pactis*, & ad *Tit. de Praeſcriptis verbis in fine primae praelectionis*. Ex hac ſerie & ordine quem nemo Juriſconſultus improbare poteſt, apparet utilem in factum actionem diſtingui a Praetoria. Neque hoc poteſt telum Merillius effugere, qui cum hic, tum in *Obſervationibus ſuis lib.3.cap.26.* duas in factum actiones reponat in tertio ordine actionum in factum (quarum quinque ſpecies conſtituit) utilem illam in ſecundo ordine locat, nec appellat Praetoriam: credo non alia ratione quam quod ſciat nullibi in jure Praetoriam vocari: Et ita cum novam diſciplinam introducit, propria confunditur ratiocinatione.

Dicat forte Merillius ſe diſtinxiſſe, non ideo quia altera ſit Praetoria, altera civilis: ſed quia utilis accommodatur Legi, ex mente & ſententia Legis; In factum vero Praetoria decernitur ex aequitate & cauſa cognita. Atquin hoc ipſum evincit utilem illam civilem eſſe: nam vel teſte Merillio, actiones tum civiles, tum Praetoriae, ita diſtinguuntur ex origine §.*ſed iſtae quidem* 3.*Inſt.de actionib.* At quae datur ex mente & ſententia Legis, vere originem ex lege habet. Ergo civilis dici debet. *Verbum (ex Legibus) ſic accipiendum, tam ex Legum ſententia quam ex verbis*, *l.Nominis 6.D. de Verb.ſignif.* Sextus Caecilius (qui fuit & ſcientia, & uſu, & autoritate illuſtris) Phavorino Philoſopho dicebat appoſite, ſententiam Legum verbis & moribus comprehenſam eſſe, Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. id eſt, contineri verbis, & ipſo uſu qui optimus eſt interpres. Porro & illa optima interpretatio eſt, quae non minus ex mente ducitur, quam ex verbis, *l.*7. §.8. *D.de Pact.* Triphoninus in *l. ult. D.Qui petant tutores*. *Credendum eſt eam matrem conſtitutione contineri, quae a patre non legitime tutores datos, non poſtulavit decreto confirmari*. Nemo dicet ex Senatuſconſulto Trebelliano non eſſe actionem etſi verba fideicommiſſi deſint, ſi modo mens & ſententia fideicommiſſum inducat, *l.Ubi parte* 19.§.*Te rogo* 1.*D.ad Senatuſc.Trebell.* Certum eſt patronorum tutelam & dici, & eſſe legitimam, *l.* 1. *D.de Legitimis tut.* & tamen non ex verbis ſed ex ſententia tantum Legis inducta eſt, *l.*3.*illo tit.de Legitim. tut.* & *tit. Inſtit.de Legit.patron.tut.*

Cum

Cum Praetor utiles actiones legibus aut teſtantium voluntatibus accommodat, vim & poteſtatem juris civilis exerit & hac maxime cauſa viva vox juris civilis dicitur jus honorarium, ut & ob alias cauſas in quibus ſupplet & interpretatur jus civile, *l.7.l.8.D.de Juſt.& jure*. ſecundum quod Praetor & Legis & teſtatoris voluntatem ſubſequitur, utiles actiones dando, ut *l. Pater* 10.§.*Si mortuo patre* 1.*D.de Captivis*. Praetor ſupplet actiones vel ex ſententia, vel praeter ſententiam: ſi ex ſententia, non tam inducit, quam ut ita dicam educit atque exprimit, ut is qui excutit grana quae ſpica continentur, ſpeciem non facit novam, ſed eam quae erat detegit; ita cum utilem Praetor decernit actionem, eam actionem quae quodam modo erat & continebatur lege vel conſtitutione, vel ſtipulatione, accommodat, deficiente directo judicio, *l.22: D.de Conſtit.pec. l.49. D.Fam. herciſc.& l.2. D. de Praeſcr. verb.* cujus mox contextum ſubjiciam: ſed praeter legem quaſdam actiones ex ſua Juriſdictione comparatas Praetor habet, §.*Sed iſtae* 3. *Inſt.de Action.* Alias non ſufficeret actionum numerus, *d.l.*11.*D.de Praeſcript.verb.Cujus legis initium* (ſuggerente magno Magiſtro) de actione in factum Praetoria intelligendum eſt: reliqua, de actione in factum civili. *Lex* ait, *Quia actionum non plenus numerus eſſet, ideo plerumque actiones in factum deſiderantur. Sed & eas actiones quae legibus proditae ſunt ſupplet Praetor in eo quod legi deeſt: quod facit in l.Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae: idque utilitas illius Legis exigit*.

Dicimus *hujus Legis initium* eſſe de actione in factum Praetoria quam ſubſidiariam aeque & dolo proximam affirmamus. An idem dicendum *d.l.*14. *eod. tit.* ubi, *Qui ſervandarum mercium ſuarum cauſa alienas in mare ſine dolo projecit, in factum actione teneri dicitur*? Si Merillio credimus non eſt idem dicendum. *Videtur*, inquit, *intelligendam eſſe actionem in factum quae datur exemplo legis Aquiliae*. At ſecundum praeſtantiſſimum magiſtrum, in factum Praetoria intelligenda. *In propoſita*, inquit, *ſpecie, erit in factum Praetoria, vel ſi dolo fecerit aut data opera ut alium fraudaret, tenebitur de dolo. Nam hae duae actiones concurrunt ſemper: in ſcientem datur de dolo, in ignorantem in factum Praetoria*. Haec tenenda obſervatio, concurrere has actiones, quia ut plurimum actioni de dolo ſuccedit, &

ſub-

ſubſidio eſt illa Praetoria in factum, *l.2.D.de Dolo*.

Praeſentit Merillius ſibi adverſari exemplum actionis praeſcriptis verbis, quae ab origine & exemplo, in factum civilis appellatur: ſcilicet originem habet ex Jure Civili, ex interpretatione Prudentum qui cenſuerunt exemplo directarum actionum quae ex certis & nominatis contractibus competunt, utiles dandas eſſe ex contractibus innominatis, qui affinitatem haberent & ſimilitudinem cum nominatis. Exemplum tale eſt, ut praeſcriptis verbis actio quae exemplo directae actionis recepta eſt, dicitur in factum civilis; ita in factum utilis quae datur exemplo directae legis Aquiliae, civilis dici debet. Huic exemplo non ratione, non authoritate aliqua certa, obviam ire, ſed ſola negatione ſatis eſſe putavit Merillius *hic* & *d. lib. 6. Obſerv. cap.7. Non dicitur*, inquit, *ea actio civilis quod comparata ſit ad inſtar directae actionis civilis: ſed quod originem habeat ex jure civili*. Mihi utique ac caeteris abunde eſt opponere magni Cujacii auctoritatem. Sic ille ad *l.7.D.de Pactis*. *In factum civilis accommodata Legi Aquiliae &c.* Et infra. *Civilis autem dicitur, non quod lege nominatim prodita ſit, ſed quia ad exemplum civilium actionum comparata eſt, ut actio praeſcriptis verbis, &c.* Sed & hoc amplius dico originem, fatente Merillio, ex jure civili habent: ergo civiles cenſendae ſunt. Merillius ait, utilis actio in factum quam Praetor ſupplet ex ſententia legis Aquiliae, eſt ex lege Aquilia, vel quaſi ex lege Aquilia, & tamen eſt Praetoria non civilis: mira doctrina! quae epicoeni generis actionem invenit cui attributa duplici origine, tandem certiorem adimit: quod portentum iſtuc? *ex lege eſt, eſt tamen Praetoria, non civilis*. Addit Merillius. *Licet Praetor aliquid faciat ex ſententia legis, non tamen id Juris civilis eſt, at patet in bonorum poſſeſſione quae dicitur Ex legibus*. Eſt incommoda actionum & bonorum poſſeſſionum comparatio: Bonorum poſſeſſiones Praetor ex ſua jurisdictione introduxit *princip.tituli Inſt. de Bon.poſſ.* Sunt hae imperii & Juriſdictionis, *l.3. D. de Juriſd.* quamvis quaedam dicantur & videantur quodammodo originem ducere ex jure civili, argumento *l.1.D.Unde cognati*. Et cum ex Legibus ac Senatuſconſultis dantur, non minus ſucceſſiones honorariae ſunt. Cum enim novis legibus haereditates ſimul & bonorum poſſeſſiones deferuntur, vere ac proprie haereditates deferuntur legibus:

Bo-

Bonorum vero poſſeſſiones non proprie iiſdem legibus deferuntur, ſed ex Edicto competere demoſtrantur, ut jure honorario bonorum poſſeſſio detur, veluti ea parte Edicti, *Tum cui ex legibus*; Denique juſſum eſt ex legibus, forma & juriſdictio eſt ex Edicto, *l.Generaliter* 3.*D.Unde legitimi*. quomodo dicitur in *l.*3. §.*ult. D.Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem &c.* Praetorem polliceri poſſeſſionem matri de cujus ſtatu dubitatur, *ex Epiſtola divi Adriani, ad exemplum praeſumtionis Carboniani Edicti*. Non eſt idem in actionibus: nam aliae civiles ſunt, aliae Praetoriae tum origine, tum auctoritate, *l.Actionum autem* 25.§. *ult. D. de Oblig.& act.* Non omne quod Praetor facit, permittit, aut exequitur, Praetorium dicendum eſt: alias quod eſt judiciale pignus Praetorium dici deberet, quod cum in cauſam judicati capiatur, capitur exequente Praetore ſententiam a judice a ſe dato dictam, *l.*15.*in pr.&* §.2.*in fin. D.de Re jud.*

Iterum Merillius, utilis, inquit, actio arbitraria de eo quo certo loco dari oportet, venit ex ſtipulatione, & tamen civilis non eſt, ſed Praetoria. Unde hoc probas Merilli? Ex §. *Si quis agens* 33. *Inſt. de Actionib.* fruſtra fuerit diligens, qui probationem ex eo quaerat! nam quod ibi habetur, *Si quis tamen Epheſi petit, id eſt, eo loco petat quo ut ſibi detur ſtipulatus eſt, pura actione recte agit, idque etiam Praetor monſtrat*, non pertinet ad notandam originem actionis illius arbitrariae, ſed ad ſollicitudinem Praetoris indicandam in obſervatione ſingulari circa eandem actionem, ſcilicet ut omiſſa ea actione, ex ſtipulatione poſſit agi pura intentione in loco quo dari creditor ſtipulatus ſit. Quid? An ubicunque aliquid monſtrat Praetor circa aliquam actionem, continuo dicat Merillius eam actionem eſſe praetoriam? Dicat igitur commodati actionem eſſe praetoriam, arg. *l.*1.*D.Commodati.* Imo dicat omnes actiones praetorias eſſe. Nam ut eſt in *l.* 1. *D. de Rebus creditis*. *Multa ad contractus varios pertinentia ſub hoc titulo Praetor inſeruit*, & paulo poſt, *Ideo ſub hoc titulo Praetor & de commodato & de pignore edixit*. Iterum dicat Merillius.

— *quaerimur non apparere labores,*
*Noſtros, & tenui diducta poëmata filo.*

DIS-

# DISPUNCTIO XXXI.

An ſpecies *legis Si ſervus* 21. *D.de Evictionibus*, referenda ſit ad actionem ex emto, vel ad actionem ex ſtipulatione duplae?

Textus *d. l.*21. *in pr.* hic eſt. *Si ſervus venditus deceſſerit antequam evincatur, ſtipulatio non committitur, quia nemo evincat, ſed fatum humanae ſortis: de dolo tamen poterit agi, ſi dolus interceſſerit.*

Quaeſtionis eſt an haec verba *de dolo tamen poterit agi, ſi dolus interceſſerit*. ad actionem ex emto; qua dolus vindicatur (qui omnibus bonae fidei judiciis vindicatur) referenda ſint, an ad ſtipulationem duplae ea parte qua doli clauſulam continet: quaſi haec verba exceptionem ejus quod ſimplicius dictum eſt, contineant.

Videri poſſit minus male nullibi quam hic collimaſſe Merillium. Quis enim non dicat variaſſe Cujacium, qui *lib.*3. *Obſervationum cap.* 37. laudat Accurſium quod ea verba retulerit ad actionem ex emto, hiſce verbis *non male interpres refert ad actionem ex emto nomine doli*. Idem vero *tract.* 6. *ad Africanum ad l.*24.*D.de Evict.* eadem verba referat ad doli clauſulam quae pars eſt ſtipulationis duplae.

Dicam tamen neque hoc loco variaſſe Cujacium: non recte committere Merillium duos hoſce Cujacii locos. Nam quod ad primum attinet, velim bona fide hoc mihi concedi, Cujacium ibi non interpretari *l. Si ſervus* 21. ſed hoc agere tantum ut doceat fugitivam eſſe, *l.*1.*C.de dolo*. quae non ſit accipienda de doli actione praetoria, ſed de actione mandati, cui ut in caeteris bonae fidei judiciis, de dolo actio ineſt, & in qua de fide rupta agitur; hoc autem ſciviſſe & praeſenſiſſe Joannem Azonem & Accurſium cum agnoſcit & eo nomine eos collaudat, laudat & interpretem *d.l.Si ſervus* 21. qui hoc ipſum cum intelligeret, non male haec verba (*de dolo*) retulerit ad actionem ex emto nomine doli. Laudat, inquam, in eo quod animadverterit actionem de dolo ineſſe judicio emti.

Jam *ad Africanum*, quid Cujacius habet, ut videatur de

ſententia *dictae legis, Si ſervus* 21. ſenſiſſe & ſtatuiſſe ? *Stipulationi de evictione*, inquit, *adjicitur doli clauſula*, *& haec forte intelligitur*, *l. Si ſervus* 21. *in pr. D. de Eviction.* quid hoc eſt, *forte* ? vel eſt dubitantis ( non eſt ſane definientis ) vel eſt ſubindicantis aliquo caſu referri poſſe praedicta verba ad ſtipulationem duplae. Quod ipſum ſi fieri poſſe demonſtravero, & honori praeſtantiſſimi omnium Anteceſſorum magiſtri, & ipſi veritati nonnihil conſultum putabo.

Magni refert ſane diſtinguere actiones ab actionibus, & in cauſa emtionis venditionis ipſam actionem emti ab actione ex ſtipulatu de evictione: quod niſi faciamus, futurum ſit ut juris artem & diſciplinam conturbemus. Hoc patet in evictione partus & acceſſionum, de quibus perperam agitur ex ſtipulatione duplae: recte omnino, actione ex emto, *l.8.& l.48.hoc tit.de Evict.* Patet & in rerum aeſtimatione diverſis temporibus in his actionibus facienda, ut in actione ex emto fiat ex tempore evictionis; in ea minuitur aeſtimatio, ſi res deterior eſt cum evincitur, *l. idque* 45.*D.de Act.emti*. In actione ex ſtipulatione duplae, ſpectatur tempus venditionis, *l. Ex mille* 64. *hoc tit.de Evict.* An diſtinguendae etiam hae actiones ſunt in ſpecie *d.legis Si ſervus* 21. *eod.tit.* ſive dolus non interceſſit ex parte venditoris veluti ſi imprudens rem alienam mihi vendidit & tradidit: vel ſi econtra ſciens prudens vendidit ? Finge, Titius ſervum alienum ſciens dolo malo inſcio mihi vendidit & tradidit, cavitque de evictione interpoſita ſtipulatione, mihi rem habere licere & haeredi meo neque evictum iri, aut duplum rite praeſtari, dolumque malum abeſſe abfuturumque eſſe: non eſt mihi evictus Stichus, ſed fato ſuo periit: qua actione agam ? Merillius putat ex emto actione me agere debere: & ita haec verba *d.legis* 21. *D.de Evict. de dolo tamen poterit agi* refert ad actionem ex emto. Contra puto: nam hodie mea non intereſt ſervum qui mortuus eſt, fuiſſe vel non fuiſſe venditoris :. bonae fidei autem actioni locus non eſt niſi actoris interſit, *l.7. D. de Servis export.* Si res extaret quamvis nondum evicta, agerem utique, *l.30. in fin.D. de Act.emti* pereunt actiones bonae fidei & amittuntur morte & conſumtione rei quae ſoluta eſt: non pereunt Aedilitiae, *l.quod ſi nolit* 31.§.6. *& l.38.§.3.D.de Aedilit.Edicto*. Paul. in *l. Si hominem* 47. *in fin. eod. tit. Poſt mortem autem hominis Aedilitiae actiones manent*,

Poſt

Poſt manumiſſionem factam ab emtore , emti actionem durare Julianus exiſtimabat, quem Paulus Ulpiano contrarius ſequitur, *l.Titius* 43.*D.de Act.emti*. Manumiſſio mutat hominem, non perimit: at mors perimit. Itaque mortuo homine venditor ſecurus eſt, *l.Si quis* 26.*Cod.de Evict.* Expeditum eſt de actione emti. An agere potero ex ſtipulatione duplae ? Et verius eſt quidquid obmurmuret Merillius, me poſſe . ſtipulatio doli, ſtricti juris eſt: ſatis eſt ab initio venditorem dolo feciſſe ut ſemper intelligatur commiſſa, argumento illius ſtipulationis ſanum eſſe, fugitivum non eſſe, quae ubi ſemel commiſſa eſt, nunquam amittitur, *l.*16. §.2. *D. de Evict.* Et vero conſequens eſt ſi non poſſum agere ex emto, me poſſe ex ſtipulatione doli, idque evincere illa verba *de dolo tamen poterit agi, ſi dolus interceſſerit*. Ex clauſula doli recte agam quia ſciens venditor me fefellit. Si Merillianus eſſem, objicerem forte, *l.Utique* 16. *D. de Rei vind.* ubi neceſſaria videtur litis conteſtatio: Imo & ſententia neceſſaria eſt, ut ſalva ſit emtori ſtipulatio evictionis contra venditorem . Sed reſpondeo ſeparandam eſſe ſtipulationem evictionis in clauſula doli; a caeteris ejus partibus . Si poſt litem proprietatis ſervi conteſtatam inter dominum & bonae fidei poſſeſſorem , ſervus mortuus eſt, committitur ſtipulatio duplae ſi ſententia ſecuta ſit qua judicatum ſit ſervum non eſſe poſſeſſoris, *d. l.*16. At ubi dolus intervenit, nec judicium nec ſententia requiritur, *d. l. Si ſervus* 21. *D. de Evict.*

## DISPUNCTIO XXXII.

De vera Interpretatione *legis* 3. *in princip. D. de Uſuris*. Et an ſententia pro interlocutione, vel pro re judicata, in ea intelligi debeat?

Inter Opera poſtuma Cujacii, eximium illud eſt quod *ad Papinianum* ſcripſit , quod prioribus accedit : caetera omnia longe recedunt, maxime quae primo Poſtumorum volumine congeſta ſunt, pleraque ex primis recitationibus Viri praeſtantiſſimi, lacunis ſaepenumero & vaſtis hiatibus plena . At inter ea quis cenſeat Notas quae hodie Cujacii nomine circunferuntur? Quis eas non ſpurias habet niſi Merillius , dum in eis quod carpere

poſſit, gaudet ſe copioſe invenire ? Faceſſant igitur illae Notae qua parte aliena manu ( ut ſupra jam obſervavimus ) compoſitae ſunt . Faceſſat & quod ex eis Merillius *hocce capite* notat, quaſi ad *hanc l.*3.*D.de Uſuris*. ſcripſerit Cujacius, ſententiam eſſe admonitionem & interlocutionem : quamvis ( nequid diſſimulem ) id ſumtum videatur ex commentario poſtumo ad *tit.de leg.*1.*ad l.cum ſervus* 39.§.*fructus* 1. quo non eſt alius locus qui pluribus ſcateat mendis, ut vere negare poſſim Cujacii eſſe locum illum. Atque equidem nego. Nego denique ſibi contradicere magnum magiſtrum, aut quidquam deſiderari aut adjici poſſe iis quae ad *hanc l.*3.*ad Papinianum* enarravit. Itaque ſi quid ego nunc ſcribo, neceſſitate magis adſumti muneris, quam illuminandi ejus quod a tanto Viro demonſtratum eſt, facere me profiteor . Nec forte tamen ſtudioſo alicui inanis videbitur hic labor noſter qui ( ut in fructibus aridis eſt, ) conculcatione, hoc eſt, ſpeciei enucleatione & tractatione utilitatem aliquam oſtenſurus ſit.

Vulgo notum eſt judicatis olim dari ſolere tempus ad judicatum faciendum 30. ſcilicet dierum ex L. XII. Tab. Gellius *lib.* 20.*cap.*1. poſtea fuit duûm menſium, ad extremum quatuor, *l. ult. C. de uſuris rei judic.* quod tempus humanitatis gratia & veluti in ſubſidium judicatis conceſſum eſt , quo pecuniae conquirendae facultatem haberent, ne ſtatim res ſuas vili pretio diſtrahere cogerentur . Scholiaſtes Harmenop. *lib.*1.*tit.*4.*circa finem*. παντὶ καταδικαζομένῳ δίδωσιν ὁ νόμος πρὸς περιθάλψιν τετράμηνον, εἰς ἀναχωχὴν καὶ ἀνάρτησιν τῆς ἀπαιτήσεως. ὡσὰν διὰ τοῦ τοιούτου καιροῦ φροντίσῃ, &c. Hoc tempus legitimum dicitur, quod immune fuit ab uſuris & fructibus dependendis *hac l.* 3. *in pr.* & §. 1. In *ea l.* Papinianus hoc inſinuat ( quod ſumme notandum eſt ) improbum litigatorem non gaudere hoc temporis laxamento , ſed nullo intermiſſo ſpatio fructus omnes ante & poſt ſententiam perceptos ac percipiendos reſtituere cogi. Textus eſt. *In fideicommiſſi perſecutione, cum poſt judicis ſententiam moram feciſſet haeres, juſſit Imperator Marcus Antoninus intermiſſo legitimo tempore quod condemnatis praeſtatur, ut uſque ad ſententiam commoda fideicommiſſarius accipiat. Quod decretum ita accipi oportet, ſi ante judicis ſententiam mora non intervenit : tametſi non facile evenire poſſit ut mora non praecedente perveniatur ad judicem . Sed puta legis Falcidiae rationem intervenіſſe.*

Cae-

*Caeterum ſi antequam ad judicem perveniretur in mora haeres fuit: exinde fructuum praeſtandorum neceſſitate adſtrictus, qua tandem ratione, quoniam & ſententia victus eſt, legitimi temporis ſpatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat?*

Species eſt, Teſtator haeredem rogavit ut Titio fundum Sejanum reſtitueret; nulla alia legata aut fideicommiſſa reliquit: neque ratio aut conjectura ulla fuit haereditatem per legem Falcidiam imminutum iri. Mortuo teſtatore haeredem Titius interpellavit de ſolvendo fideicommiſſo, tandemque perduxit ad Praetorem fideicommiſſarium, eumque condemnavit. Sed nec condemnatus haeres ſtatim fideicommiſſum reſtituit, imo ſivit elabi tempus judicatis conceſſum, dum ſibi plaudit interea fructus lucro ſuo cedere. Non pono, officio judicis, manu militari, coactum reſtituere, quia & ſi ſponte ſua, modo poſt menſem reſtituerit, eadem obtinent quae hic Papinianus ediſſerit. De fructibus mota quaeſtio eſt: fideicommiſſario petente omnes, etiam eos quos intra menſem a ſententia, id eſt, a re judicata percepit haeres, aut percipere potuit, haerede contra connitente eos retinere, & obtendente decretum Marci Antonini in cauſa ſimilis fideicommiſſi interpoſitum, quo decreto juſſerat Imperator omnia quidem commoda fideicommiſſarium accipere uſque ad ſententiam, intermiſſo tamen legitimo tempore: Verum in hac ſpecie non putavit Papinianus illi decreto locum eſſe: itaque rem ita definiit, ut quandoquidem haeres in mora fuiſſet antequam ad judicium perveniretur, ex die ſcilicet interpellationis primae, & exinde neceſſario adſtrictus fuiſſet fructibus omnibus exſolvendis, & deinde ſententia damnatus fuiſſet, nulla ratione liberari poſſet a praeſtatione fructuum cum perceptorum, tum percipiendorum poſt ſententiam, etiam intra tempus illud legitimum: nimirum hoc ſpatium indulgeri judicatis. id eſt, iis quos ſententia judicavit & declaravit debitores, cum ante ſententiam non aperte conſtaret eos debitores eſſe, cum eſſet lis admodum dubia, ut juſtam rationem haberent ad judicium provocandi, quo caſu non intelliguntur debitores moram facere, *leg.* 24. *in pr. hoc tit.*

Ad hanc autem ſpeciem decretum Marci non pertinet: neque in ea opus fuit decreto ut peterentur fructus quos certum eſt

eſt ex mora deberi. Paulus *lib.3.Sententiarum tit.8.§.4. Ex mora*, inquit, *praeſtandorum fideicommiſſorum vel legatorum fructus & uſurae peti poſſunt. Mora autem fieri videtur cum poſtulanti non datur*. (inique ſcilicet haerede neque fatente neque ſolvente.) Decretum eſt in alia ſpecie; quando videlicet in perſecutione fideicommiſſi mora facta non eſt ante ſententiam, haerede ex juſta cauſa detrectante ſolutionem integri fideicommiſſi, fideicommiſſario nolente partem puta dodrantem, qui offerebatur accipere, arg. *l.qui ſolidum 78. in pr.D.de Legat.2.* hoc raro evenit, ſed tamen ut hic ait Papinianus evenire poteſt.

Hactenus ſunt facilia omnia, & in quae fere conſentit Merillius: ſed ea concoquere non poteſt quae ſequuntur, & quae maxime ad *legem noſtram* pertinent, redolentque acumen Papiniani. Si ſententia dicta fuerit contra haeredem, nec de fructibus quidquam pronunciatum ſit, de iis ultra quaeſtio moveri non poteſt. *l. judex 55.& l.ſeq.D.de Re jud.* Enimvero ſi poſt ſententiam & juſtitium illud haeres moram fecerit, ex decreto illo Marci Antonini, retrotrahitur ejus mora ad tempus quod fluxit ante ſententiam, ut videatur in mora fuiſſe ex lite conteſtata ad effectum tantum illum reſtituendorum fructuum, non etiam ut haeredi auferatur beneficium legitimi temporis quod ei jam quaeſitum eſt. Unde apparet hic agi de fructibus qui percipi potuerunt ante ſententiam, non de fructibus percipiendis poſt ſententiam, quod cernere vix poterunt qui capere rationem oculis tantum poſſunt. Et Cujacius quidem noſter ita perpetuo docuit: nec aliter Accurſius. Aliter tamen Merillius (in eo a Magiſtro contra promiſſi fidem alienus) dum vult haec verba *uſque ad ſententiam* accipienda a tempore factae reſtitutionis ad ſententiam retro computando; quod primo intuitu videtur, ſed ex ſubtiliori Papiniani ſenſu ita non eſt. Nam fructus poſt ſententiam ab haerede perceptos utique Papinianus non ignoravit venire in actionem judicati: ſed de percipiendis ante ſententiam, id eſt, de non perceptis qui potuerant percipi tractare voluit & docere, propter inſignem moram debitoris, rationem eorum habendam eſſe: itaque illa verba *ut uſque ad ſententiam commoda fideicommiſſarius accipiat* hoc ſignificant, fructus omnes & omnem cauſam atque utilitatem fideicommiſſi a lite conteſtata uſque ad ſententiam, fideicommiſſarium accipere debere.

At,

At, inquit Merillius, qua ratione mora poſt condemnationem tantum facta retrotraheretur ad tempus litis conteſtatae? Reſpondeo, merito jure plecti haeredem, qui ſi ſine mora poſt menſem fideicommiſſum reſtituiſſet, fructibus reſtituendis de quibus agitur obnoxius non fuiſſet, hodie tandem male affecti erga teſtatorem animi argumentum exhibeat, ſeque indignum praebeat gratia & humanitate illa, ut exoneretur a praeſtatione fructuum, quos indiligentia ſua non percepit, quos ſi diligens fuiſſet, percipere poterat: ut videatur etiam in mora fuiſſe ante ſententiam, qui poſt ſententiam tam perfide egit, ut teſtatori morem non gereret. Atque eam interpretationem confirmant verba §.1.quae omnino cohaerent praecedentibus. *In his quoque judiciis*, inquit Papinianus, *quae non ſunt arbitraria, nec bonae fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa praeſtanda in eum diem quo ſententia dicitur, certe poſt rem judicatam, tempus a fructibus deponendis immune eſt.*

## DISPUNCTIO XXXIII.

An *lex Vſurae* 34.*D.de Uſuris*. intelligi debeat de uſuris perceptis, quae veniunt in reſtitutionem, vel de uſuris percipiendis, quae veniunt ex mora.

ULpianus, *Uſurae vicem fructuum obtinent, & merito non debent a fructibus ſeparari: & ita in legatis & fideicommiſſis, & in tutelae actione, & in caeteris judiciis bonae fidei ſervatur. Hoc idem igitur in caeteris obventionibus dicemus.*

Finge, Titio per legatum aut fideicommiſſum relictus eſt fundus, aut pecunia: quaeritur an ut haeres poſt moram fructus reſtituere tenetur, ita & uſuras? Cujacius *in Paratit. Cod.ad tit. de uſuris & fructibus legatorum*. teneri dixit, & uſuras & fructus venire in legatis & fideicommiſſis ex mora, quam in rem uſus eſt, *d.l.*34.*D.de Uſuris*. At idem Cujacius, inquit Merillius, *lib.*18.*Obſerv.cap.*3.uſus eſt *eadem l.*34. in ſpecie petitionis haereditatis, cum dixit poſſeſſorem haereditatis poſt motam controverſiam inter eum & verum haeredem, teneri non tantum ad reſtitutionem fructuum praediorum haereditariorum, ſed etiam uſurarum ex pecunia haereditaria perceptarum. Quid inde Merilli?

rilli ? Variavit ( putas ) qui aliam atque aliam eidem legi interpretationem adfinxit . Tu igitur productionem , imo aptationem ejuſdem ſententiae ac legis in eodem ſenſu diverſis caſibus , variationem vocas ? Male hoc te facere, facile eſt oſtendere . Quam vero interpretationem ( quando eas diverſas conſtituis ) amplecteris ? *Hanc* , audio te , *poſteriorem interpretationem magis admittendam ſuadet inſcriptio hujus legis* 34. *quae jungenda eſt cum l.*27.*& l.*29.*D.de Petit.haered.* ex eodem lib. 15. Ulpiani ad Edictum . Quid ſuadeat inſcriptio curioſius quaeris ! quid ipſe contextus perſuadeat , negligentius praetermittis ; vere Thaleti illi philoſopho ſimilis qui ſideribus intentus nimis , dum ad pedes quid eſſet non attenderet , incautus cecidit .

Redeamus ad quaeſtionem quae ita proponitur An *lex* 34. *D.de Uſuris* . intelligi debeat de perceptis , an de percipiendis ? Quare aenigma iſtud ? Quare apertius quaeſitum non eſt , an ſententia *d.legis* 34. pertineat ad petitionem haereditatis , an potius ad actionem legatorum & fideicommiſſorum ? ſcilicet ei qui putavit omnino pertinere ad petitionem haereditatis non fuit ita proponenda quaeſtio , ne textus ſtatim reclamaret,& dubitantem excaecaret propter haec verba *& ita in legatis &c.* Quod igitur putaverit Cujacius ſententiam illam proprie pertinere ad Senatuſconſ. de petitione haereditatis , non reprehenditur : quod autem dixerit , eandem ſententiam ac regulam etiam in actione legatorum , officium ſuum invenire , notatur . At *l.* ipſa 34. nominatim hoc habet ! Quid igitur non accuſatur lex , inceſſitur Cujacius ? Quid vero melius aut verius dici potuit eo quod Vir memorioſiſſimus dixit *in Paratitlis Cod. de uſur. & fructib. leg.* ubi docuit actionem legatorum ſimilem & diſſimilem eſſe actioni bonae fidei : in eo ſimilem , quod uſuras & fructus ex mora reciperet , in eo diſſimilem , quod actio bonae fidei etiam ante moram fructus exigeret , *l. videamus* 38. §.*pen.D.de Uſur.* An hoc dixit , uſuras vicem fructuum obtinere in actione legatorum magis , quam in petitione haereditatis ? Non dixit . Quam immerito igitur arguitur .

Quid tandem ſi adprobem idem ipſum ſenſiſſe ac docuiſſe Cujacium *dicto Paratitlorum loco* , quod illo *Obſervat. lib.* 18. *cap.*3.? An hoc ſine verecundia patietur & audiet Merillius? Verecunde tandem an inverecunde , viderit : interea ita ſe res habet .

bet. Cujacius *illo Obſerv. loco*, ſententiam *d. legis* 34. (quam proprie ad SCtum Adrianum de petitione haereditatis pertinere agnoſcit) demonſtrat non eſſe per omnia veram, idque pluribus argumentis & exemplis oſtendit, quorum poſtremum ejuſmodi eſt, quod in judiciis bonae fidei uſurae veniant ex mora tantum, fructus autem, etiam ante moram. In *Paratitlis* hanc ipſam differentiam obſervat his verbis. *Quod ad uſuras attinet, actio legatorum vel in perſonam, vel in rem ſimilis eſt actioni bonae fidei, quoniam uſuras recipit ex mora l.*34. *de uſuris: quod ad fructus diſſimilis, quia bonae fidei, ante moram recipit fructus*. Quaeſo qui hoc dicit, an videtur exaequare fructus & uſuras?

Sane etſi ſine lege hoc dixiſſet Cujacius, in legatorum actione uſuras vicem fructuum obtinere; Et quisquis hanc theſim ponat. *Extra petitionem haereditatis, aliis etiam caſibus huic regulae locum eſſe. Uſuras vicem fructuum obtinere*! Omnino non erraverit: quando certiſſimum eſt juris regulas ac ſententias, proprium licet ſibi caſum vindicent, ad plures tamen plerumque referri atque aptari. Itaque nil vetat dicere, uſurarum eſſe quaſi uſumfructum, quia vice fructuum ſunt. arg. *l.*3. *D. de Uſufr. earum rer. quae uſ. conſ.* Item illud, uſuras dotis eſſe ſi ante nuptias perceptae ſint: ſi poſt nuptias, mariti: exemplo fructuum, quia uſurae inſtar fructuum ſunt, *l.*7. *in pr. &* §. 1. *l.* 47. *& l.*77. *D. de Jure dot.* Denique & illud, filiam uſuras dotis conferre debere poſt moram, cum emancipatus frater fructus dotis conferat, *l. filius* 5. §. *filia.* 1. *D. de Dotis coll.* Viden igitur, quot caſibus extra petitionem haereditatis, uſui ſit illa regula, uſuras vicem fructuum obtinere?

## DISPUNCTIO XXXIV.

Concubinatus an ſit legitima ſeu juſta conjunctio.

CAptionem his verbis ſubeſſe quis non ſentiat, *legitima ſeu juſta conjunctio*? quaſi unum idemque hoc maxime loco ſit, legitimum & juſtum. Concubinatum Cujacius in *Paratitlis D. de Concubinis* dixit legitimam conjunctionem, concubinam imitari legitimam uxorem, & eſſe viceconjugem: liberos ex concubina natos non eſſe ſpurios ſed naturales, patrem eſſe ex concubinatu:

t con-

concubinam non differre ab uxore niſi dignitate , *l. Item legato* 49 *§.pen.D.de Leg.*3. At nuſquam dixit concubinatum eſſe juſtam conjunctionem , cum ſciret vocem illam , juſtam , ad Nuptiarum jus pertinere : quamvis & naturales liberos juſte procreatos dicere potuerit , nec immerito quis dicat , ſi cum vulgo quaeſitis conferantur , *l.*2.*§.*1.*D.ad SCtum Tertyll.* Imo non eſſe conjunctionem juſtam , aperte idem Cujacius dixit .

At , inquit Merillius , in eo Cujacius variavit , cum ad *Novellam* 22. in ſecunda parte , concubinatum dixit non eſſe conjunctionem juſtam . Dico vero non ibi quidem , ſed ad *Novellam* 18. hoc ita enunciaſſe , *Non eſt* , inquit , *juſta conjunctio , ut matrimonium : concubina non eſt juſta uxor* . Hoc ne vero variare eſt ? Si dixit uno in loco , juſtam eſſe conjunctionem , alio , non eſſe juſtam ; contraria dixit : At qui uno loco dixit non eſſe juſtam , alio , eſſe legitimam : hunc nego aut erraſſe aut variaſſe .

Legitimum nomen conventiones habere dicuntur , quae jure proditum nomen ſortitae ſunt ; At concubinatus per leges nomen aſſumſit , *l.*3. *D. de Concubinis* . Quare igitur legitimus negabitur ? Quare conjunctio concubinatus illegitima more Romano , & ante Chriſti leges cenſebitur ?

Objicitur idem eſſe juſtum ac legitimum , *l.*3. *D.Pro ſocio* . Sed *eadem lex* docet juſtum pro legitimo accipi ex interpretatione, ſive ex mente loquentis. Caeterum ut juſtum aliquando comprehendit legitimum, ita & legitimum nonnunquam comprehendit juſtum , arg. *l.lege* 130. *D.de Verbor. ſignif.* ſed haec ita generaliter dicuntur , adeoque non ex propria ſignificatione .

Ex nullo loco mihi probabis concubinatum non eſſe legitimam conjunctionem . Non ex *tit. de Nupt.* ubi nihil aliud vult Juſtinianus , quam non eſſe juſtam uxorem , imo nec uxorem , quae non ſecundum juris regulas nupſerit . Non dico quod Merillius , concubinam eſſe injuſtam uxorem , neque vero hoc ait *lex Si uxor* 13. §. 1. *D.de Adult.* Contubernales ſervorum uxores apud Columellam & alibi invenias , eodem loquendi modo quo ſervorum teſtamenta , quae teſtamenta non ſunt . Liberorum hominum concubinas uxores dici , nullum ſchema , in Jure Civili , ( deficiente voto ac propoſito individuae conſuetudinis ) patitur : at in Sacris veteribus Paginis , omnis concubina uxor dicitur , quamvis non econtra omnis uxor concubina , ut obſervat D.Augu-

gusti·

guſtinus *quaeſt.*90.*in Geneſ.* Et injuſta noverca apud Virgil. *Ecloga* 3.*v.*33.

*Eſt mihi namque domi pater, & injuſta noverca.*

neque injuſtam uxorem, neque concubinam, ſalva Merillii pace, ſignificat, ſed ſaevum patrem, & non ſaevam tantum ſed iniquam novercam & infenſam, & injuſtam, quippe quae contra jus & fas privignum innocentem ad mortem odiſſet, quod eſt novercarum ingenium. Ovid. *lib.*1.*Metam.v.*147.

*Lurida terribiles miſcent aconita novercae.*

Solent perpungere & inſtimulare parentes in liberos, ut eos exhaeredent, *l.*3.4.*D.de Inof.* quo nihil eſt injuſtius, unde & epitheto convenientiſſimo novercam *μητρυίαν ἀτίϑαλον* vocavit Apollonius *lib.*1. *Argon.*

Denique quod objicitur, leges non feciſſe eam conjunctionem, ſed eam duntaxat permiſiſſe, facile contemnetur ſi attendamus legis virtutem eſſe, non tantum in impediendo, & puniendo, ſed etiam in permittendo, *l.*7.*D.de Legibus*. Itaque ambigendum non eſt concubinatum licitam eſſe conjunctionem, *l. pen. Cod.ad SCtum Orphit.* & quia per leges nomen aſſumſit, *l.*3. *D.de Concub.* non dubitandum, eam legitimam dici.

## DISPUNCTIO XXXV.

An pupillus ex dolo tutoris conveniri poſſit?

*SEU*

An indiſtincte verum ſit, ex dolo tutoris pupillum non teneri?

IN *l.* 3. *D. Quando ex facto tutoris vel cur. minores agere vel conveniri poſſunt*. Papinianus ait. *Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodeſſe debet. Quod autem vulgo dicitur, tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum eſt, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non eſt. Quare merito Sabinus, tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris exiſtimavit. Quod in depoſiti quoque actione dicendum eſt, item haereditatis petitione, ſi modo quod tutoris dolo deſiit, pupilli rationibus illatum probetur*. Ulpianus in *l.Is qui in puteum* 11. §. 6. *D.*

*Quod vi aut clam.* ait: *Si tutoris juſſu aut curatoris factum ſit, cum placeat quod Caſſius probat ex dolo tutoris pupillum non teneri, &c.*

Duplex a Merillio notatur in hac quaeſtione Cujacii variatio. Quod primo diſtinxerit, An tutor ſolvendo eſset necne: ut ſi ſolvendo eſset, pupillus teneretur, ſi non eſset, non teneretur, idque ad *l.13.§.7.D.Act.emti.* Poſt vero in *l.198. D. de Reg. jur.* hac diſtinctione uſus ſit, ſi tutor in contractu dolum admiſerit, ut pupillus omnimodo teneatur, ſi extra contractum, ita demum, ſi tutor ſolvendo ſit. Ad *Papinianum* autem, hoc eſt in *d.l.3. D. Quando ex facto tut.* rejecta diſtinctione omni, ex dolo tutoris pupillum nullomodo teneri dixerit; quod ſequitur Merilliùs.

De hac quaeſtione quid juris auctores, dein quid Cujacius tradiderit, videndum. Et extat, omnes Jureconſultos in hoc conſenſiſse, ut ex dolo tutoris vel curatoris minores non teneremtur; Vulgaris fuit traditio, *tutoris dolum pupillo non nocere.* Quid eſt non nocere? An ut non teneatur pupillus? ut nulla ob tutoris dolum actione conveniatur? Nam teneri, eſt actione teneri, *l.Pomponius 9.D.de Neg.geſt.* ut & econtra, non teneri, eſt actioni obnoxium non eſse, *l.Age 3. Cod.de tranſact.* Alias tamen dici poteſt non teneri, qui ipſo quidem jure tenetur, ſed effectu non tenetur, vel quia actio denegatur ut in ſuo haerede abſtinente ſe, *l.Neceſſariis 57. D. de Acq.vel amitt.haered.* vel datur quidem actio, ſed ordinis cauſa tantum, ut alia ſubinde ab eo quo cum agitur inſtituatur actio, ut ejus indemnitati conſulatur: ut ſi dicamus pupillum ex dolo tutoris conveniri ut ipſe contra tutorem agat, aut ut actiones quas contra tutorem habet cedat; quae fuit ſententia & ad vulgarem illam regulam interpretatio Ariſtoni & Pomponii, *l.ult.D.de Adminiſtr.tut.l.1.D.Quando ex facto tut.* Dubitari non immerito poteſt, an Ulpianus qui Pomponium ſaepenumero refert ſequiturque, eum hac in re ſequutus ſit. Nam in *l.ſumma 21. §. Si dolo 1.D.de Pecul.* pupillum admittit, ſi ſolvendo tutor ſit, praeſtare quidquid ex dolo tutoris ad eum pervenit, *& ita* inquit, *Pomponius lib.8.Epiſt.ſcribit.* Idem in *l.1.§.hoc Edicto 6.D.Ne vis fiat ei, &c.* At in *l.Sed ſi 3.§.1.D.de Tributoria act.* partim adſentire partim diſſentire Pomponio videtur, dum ita ſcribit, *Si ſervus pupilli vel furioſi ſciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris*

*vel*

*vel curatoris nocere pupillo vel furioſo non debere puto , nec tamen lucroſum eſſe debere : & ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri ſi quid ad eum pervenerit . Idem & in furioſo puto : quamvis Pomponius libro* 8. *Epiſtolarum ſi ſolvendo tutor ſit , ex dolo ejus pupillum teneri ſcripſit . Et ſane hactenus tenebitur ut actionem quam contra tutorem habet , praeſtet .* Ex quibus apparet diverſum a Pomponio Ulpianum eſſe in eo , quod pupillo locupletiori facto regreſſum non dat adverſus tutorem , quod non tractaverat Pomponius : eo vero caſu quo locupletior non ſit factus, Pomponio adhaeret ut hactenus teneatur ut praeſtet actiones . Papinianus autem hoc unum attendiſſe videtur , ſi pupillus ex dolo tutoris locupletior factus ſit vel non , quod & Sabino viſum eſt , *d.l.*3. *D.Quando ex facto tut.* idque ipſum Jabolenus ex Caſſio tradidit , *l.Neque* 198.*D.de Reg.juris* . *Neque* , inquit , *in interdicto , neque in caeteris cauſis pupillo nocere oportet dolum tutoris , ſive ſolvendo eſt , ſive non eſt* . Niſi quis dicat & apud Papinianum & apud Jabolenum tacite hoc exaudiendum eſſe , ut pupillus ſaltem actiones ſi quas habet cedere teneatur , quod Ulpianus non ignarus ſententiae Papiniani non dubitavit concedere , *d. l. Sed ſi* 3.§.1. *D.de Tribut.act.* Sed non ita forte ſupplere quis poſſit in *l.Julianus* 13.§.7.*D.de Act.emti* . Imo tacitam illam interpretationem cedendarum a pupillo actionum videtur impedire Ulpiani ratio , *quia nec transfertur in pupillum poſt pubertatem hoc quod dolo tutorum factum eſt* . Niſi iterum dicat quis , non transferri actiones in pupillum ex dolo tutorum cum effectu, jure tamen transferri : ut pupillus conveniri poſſit , de eo quod ad eum pervenit omnimodo , de caetero hactenus , ut actionibus ſuis cedat. Secundum quae , neque a Papiniano Ulpianus , neque ambo ab Ariſtone & Pomponio diſſentire videbuntur : vel niſi dicat translationem actionum a tutore in pupillum non fieri , ſi nihil ex tutoris dolo ad eundem pupillum pervenerit : & ita ponendum in *d.l.Julianus* 13.§.7.*D.de Act.emti.* ut in ſpecie *legis* 4. *D. de Tabul.exhib.* quae ratio eſt optima .

Rurſus Ulpianus ſubdiſtinctionem hanc ſervaſſe videtur , an dolus ex contractu tutoris deſcenderit . De qua diſtinctione commodius infra videbimus . Nunc ad Cujacium veniamus .

In recitationibus ad *tit.de Act.emti* ad *l.Julianus* 13.§.7. diſtinguit Cujacius an tutor ſolvendo ſit vel non , ut ſi ſolvendo ſit,

tenea-

teneatur pupillus, quia quod ſolvit ſervare poſſit: ſi non ſit ſolvendo, hactenus teneatur ut praeſtet actiones. At (inquit Merillius) aliam diſtinctionem affert *ad tit. de reg. jur. in l.*198. ut ſi tutor in contractu dolum admiſerit, pupillus omnimodo ex dolo tutoris teneatur ſive tutor ſolvendo ſit, ſive non. Si vero extra contractum tutor dolum admiſerit, pupillum non aliter teneri quam ſi tutor ſolvendo ſit. Et addit Merillius nullo loco ſatis hanc diſtinctionem probari.

Reſpondeat ipſe Cujacius ſe dixiſſe pupillum teneri indiſtincte ſive tutor ſolvendo ſit, ſive non, & hoc ſe dixiſſe eo caſu quo locupletior factus ſit pupillus, & quod nominatim expreſſit (cum ſcilicet dolus ex contractu deſcendit) & alias expreſſiſſe, ut in commentario ad *l. haeredibus* 13.§.*Item in cauſae* 1.*D. de Dolo.* & ubi non expreſſit, intellexiſſe: non poſſe itaque dici hac parte variaſſe. Deinde dicat hanc adjectionem *cum ſcilicet dolus ex contractu deſcendit* ſe jam olim probaſſe laudata *l. Apud Celſum* 4. §.*Illa etiam* 23.*D. de Doli mali & met. except.* illo loco *unde enim divinat is qui cum tutore contrahit*, quo ſignificatur nocere pupillo dolum tutoris qui adminiſtrationem habuit, & pupillo inter contrahendum cum alterius fraude compendium adjicit. Dicat & ſe probaſſe, extra contractum dolo admiſſo a tutore, pupillum non teneri, licet videatur locupletior factus, niſi tutor ſolvendo ſit, ſed in tutorem actionem dari ex *l.* 1.§.*Hoc Edicto* 6. *D. Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem &c.*

## DISPUNCTIO XXXVI.

### An condictio furtiva morte furis intereat, vel adverſus furis haeredem tranſeat?

Qui dicit condictionem furtivam dari in haeredem furis, & quidem in ſolidum: ſatis (quantum equidem exiſtimo) aſſerere videtur, furtivam condictionem morte furis non interire. Neque ſeorſum haec tractavit Cujacius, nec debuit. Itaque cum ſupra haec quaeſtio ventilata ſit *cap.*21. Neque amplius quicquam hic Merillius habeat! ut quid novas implet paginas? Cur ad incudem tractatum jam quod non remoleſcet ferrum revocat? Iterum dico: *Crambe recocta mors eſt*. Recte D. Auguſti-

nus

nus *lib.*4.*contra.Creſconium Grammaticum* dicebat, *Non jam ut vetus proverbium fert, quod volumus ſanctum eſt, ſed etiam quando volumus, & quandiu volumus.*

## DISPUNCTIO XXXVII.

Cur haereditas diviſa ſit inter inſtitutum & ſubſtitutum in *l.* 41. *D.de Haeredibus inſtituendis.*

SPecies & quaeſtio tota continetur *l.*40. *eodem titulo*, in quâ Julianus. *Si paterfamilias*, inquit, *Titium quem ingenuum eſſe credebat, haeredem ſcripſerit, eique ſi haeres non eſſet, Sempronium ſubſtituerit: deinde Titius quia ſervus fuerat, juſſu domini adierit haereditatem: poteſt dici, Sempronium in partem haereditatis admitti. Nam qui ſcit aliquem ſervum eſſe & eum haeredem ſcribit, & ita ſubſtituit, ſi Stichus haeres non erit Sempronius haeres eſto: intelligitur tale quid dicere, ſi Stichus neque ipſe haeres erit, neque alium fecerit. At qui eum quem liberum putat eſſe, haeredem ſcripſerit; hoc ſermone, ſi haeres non erit, nihil aliud intelligitur ſignificare, quam ſi haereditatem vel ſibi adquiſierit, vel mutata conditione alium haeredem non fecerit: quae adjectio ad eos pertinet qui patresfamilias haeredes ſcripti poſtea in ſervitutem deducti fuerint. Igitur in hoc caſu ſemiſſes fient, ita ut as* (ita legendum) *inter eum qui dominus inſtituti fuerit, & ſubſtitutum aequis portionibus dividatur.* Mox ſequitur ex Pomponio *l.* 41. *Et hoc Tiberius Caeſar conſtituit in perſona Parthenii, qui tanquam ingenuus haeres ſcriptus adierat haereditatem, cum eſſet Caeſaris ſervus: nam diviſa eſt haereditas inter Tiberium & eum qui Parthenio ſubſtitutus erat.*

Mirum ſane, imo non ferendum, id obiicere Merillium quod ne ſpeciem quidem ac materiam objectionis habet. Exprobat Cujacio Merillius quaſi *lib.*17.*Obſerv.cap.*21. ſcripſerit, rationem dividendae haereditatis inter dominum inſtituti ſervi haeredis,& ſubſtitutum, eam eſſe quod utrinque eſſent dubiae rationes: in *notis* vero *poſterioribus Inſtitutionum*, quod ſervus inſtitutus haereditatem non creviſſet. Non ferendum inquam: cum utrobique non pro ratione,ſed pro exemplo ponatur admitti ſubſtitutum cum inſtituto, ſi inſtitutus non creverit. Verba *Nota-*

*rum*

*rum* ſunt, *Et olim ſub cretione haeres inſtitutus ſi non creviſſet, ei ſubſtituto dato, non cernendo, ſed pro haerede gerendo, in partem admittebat ſubſtitutum.* Verba *Obſervationum* ſunt. *Et jure quoque veteri ut Ulpianus ſcribit lib. ſingulari Regularum cum cretione haeres inſtitutus, ſi non cernat ſed pro haerede gerat, in partem ſubſtitutum admittit.* Quid hoc. *Et olim*? Quid hoc. *Et jure veteri*? Haec ne contraria, quae nec diverſa? Non eſt hoc unum idemque exemplum? Quis vero haec pro ratione decidendae dubitationis accipiat niſi forte Merillius? dum ſcribit, *Et haec poſtrema ratio verior eſt.*

Quaſi vero in ſpecie *legis* 40. de cretione quidquam proponatur aut divinationem cretionis admittat Juliani ratiocinatio, quae tota eſt circa errorem teſtatoris. Cretioni locus non fuit niſi haeres inſtitutus eſſet ſub expreſſa cretione, ſive ea perfecta eſſet, ſive imperfecta. At nihil ejuſmodi habet ſpecies *d. l.* 40. quae caſum ſubſtitutionis ſimpliciter exprimit & ſine conditione ulla. Deinde ſi quid de cretione Julianus cogitaſset, non ita dixiſset, *Poteſt dici*: ſed ita abſolute *dici debet*, cum ita jus eſset in cretione imperfecta, auctore Ulpiano *tit.* 22. *Qui haeredes inſtitui poſſunt*, §. *ult.* Tentari poſset, vix eſse ut Julianus qui ad tempora pervenit Divorum fratrum ut patet ex *l. Divi* 17. *D. de Jure patron.* de cretione cogitaverit, cujus vim & neceſſitatem Marci Antonini conſtitutio ſuſtulerat. *d.* §. *ult.* ubi Ulpianus ita. *Si ſub imperfectam cretionem haeres inſtitutus ſit, id eſt, non adjectis his verbis, ſi non creveris exhaeres eſto, ſed ſi ita, ſi non creveris tunc Maevius haeres eſto: cernendo quidem ſuperior inferiorem excludit: non cernendo autem ſed pro haerede gerendo, in partem admittit ſubſtitutum. Sed poſtea D. Marcus conſtituit, ut & pro haerede gerendo, ex aſſe fiat haeres. Quod ſi neque creverit, neque pro haerede geſſerit, ipſe excluditur, & ſubſtitutus ex aſſe fit haeres.* Sed bona fide agnoſco neceſſitatis eſse nihil in ea conjectura: & Julianum ſpecies tractare potuiſse (ut & caeteros Prudentes) circa cretionem & alia ſui aevi jura, quas non reformaverint ubi in alia inciderunt: ſed fingere cretionem aut aliud quidpiam jus obſoletum, aeque dico minimum neceſsarium eſse.

Admitto lubens exemplo ejus qui olim creviſset praeter voluntatem teſtatoris, ita & in eo qui non plane ex voluntate teſtatoris adiret, ſubſtitutum in partem admittendum ſuſtinuiſse vete-

veteres, ut ratio eorum ſic ab exemplo procederet. Quemadmodum in cretione ſi non ex voluntate teſtatoris cerneret haereditatem ſcriptus haeres; ſubſtitutum in partem admittebat: ita in aditione, qui non ex voluntate teſtatoris adit, in partem ſubſtitutum admittere debet. Sed ea non placuit ratiocinatio Alexandro, *l.*3.*Cod.de haeredib.inſtit.* ubi ſubſtitutum omnino excluſum voluit aditione inſtituti. Ut mirum ſit Tribonianum aliud Juſtiniano ſuggeſſiſſe, & ſententiam *d.l.*40.& verba *legis* 41. expreſſiſſe §.*ult.Inſtit.de vulg.ſubſt.*

## D I S P U N C T I O XXXVIII.

An retineri vel expungi debeat clauſula (aliter ſi ejuſdem aetatis liberi, &c.) in *fin.legis* 45.*D.de Vulgari & pup.ſubſtit.*

PAulus libro 12.Reſp. *Lucius Titius legitimum filium & alterum naturalem haeredes inſtituit, eoſque invicem ſubſtituit. Titius legitimus filius quem pater anniculum reliquit, poſt patris mortem impubes deceſſit ſuperſtite matre & fratre naturali, quem etiam cohaeredem habebat. Quaero an haereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex cauſa ſubſtitutionis pertineat, an vero ad matrem? Reſpondi ad primum caſum non exiſtentium haeredum ſubſtitutionem de qua quaeritur, pertinere: non ad ſequentem, ſi quis eorum poſtea deceſſiſſet intra pubertatem: cum in naturalis filii perſona duplex ſubſtitutio locum habere non poterit: & ideo ad matrem legitimi filii haereditas ab inteſtato pertinet.* (aliter ſi ejuſdem aetatis liberi inſtituti, invicemque ſubſtituti fuiſſent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, ejus ſucceſſio non ad matrem, ſed ad ſubſtitutum ejus devolvitur.)

Merillius variaſſe Cujacium ait qui hanc clauſulam *aliter ſi ejuſdem aetatis, &c.* modo rejecerit, modo retinuerit. Rejicit, inquit, *lib.*17.*Obſerv.cap.*26.& ad *tit.D.de Vulg.& pupill.ſubſtit. l.*4.& in *hac l.*45.lib.12. Reſp. Pauli. Ad *titulum* vero *Codicis de Inſtit.& ſubſt.* agnoſcit ac retinet.

Non retinet Merilli, ſi verum amamus: ſed ut fit cum negotium habetur cum protervis, ut ſapiens cedat remittatque de jure ſuo nonnihil, & annuat concedatque quod non credit, ita Cujacius plane, eo loci quem contra eum citas. Cujacius, *Ex-*

*preſſa igitur pupillaris omnimodo excludit matrem , tacita vero nullomodo excludit . Neque huic definitioni quicquam obſtat , leg. Lucius* 45.*in fin.illo loco . ( Si ejuſdem aetatis liberi . ) Sane non obſtat ſi abeſſe debet ea extrema clauſula a l. Lucius* 45. *quemadmodum certe abeſt a Pandectis Florentinis*: attende hoc verbum , *certe* , mox ait , *& videtur ex ora libri irrepſiſſe in contextum* . Deinde adjicit ( quo demonſtret & ea retenta clauſula , nihil eam obſtare theſi a ſe propoſitae . ) *Sed retineamus eam , quoniam & ratione ſubnixa eſt, & proponamus ſpeciem illius*. Quis non videt & hic Cujacium agnoſcere , abeſſe eam clauſulam a Florentinis libris , nec germanam eam eſſe ? & quod eam retinet , non id ſe facere retinendi animo , ſed magis expediendi negotii quod exhibere videatur ? I modo , & ſincero magis ore quid renuntia . Atque haec de Cujacii opinione.

Quod ad rem attinet, placet Merillio , clauſulam illam retinere , & partem eam eſſe *d. l.* 45. quae ſane res cum in facto ſit , arbitrii eſt liberi : & fateor non eſſe difficile reſpondere rationi quae Cujacium contra movit , quae haec eſt vocem *aliter* , a qua incipit illa clauſula , prae ſe ferre contrarium caſum ſpeciei *d. legis* 4. nec tamen exhibere . Nimirum ſi dicamus ſupplendum eſſe verbum conditionis , quod eſt omiſſum : poſito enim quod fratres ejuſdem fuerint aetatis & conditionis , non videtur adnotatum fruſtra , fratrem ſuperſtitem praeferri matri vi & jure ſubſtitutionis reciprocae , licet & ab inteſtato eidem praefertur , §. 3. *verſ. Frater . Inſtit.de Senatuſconſ.Tertyll.* Scilicet ad honorem & utilitatem filii pertinet ut ex teſtamento haeredes habeat , *l.Julianus* 42. alias eſt , *l.Si pupillus . D.de Acq.vel omitt.haered.* Et in hoc , non piget me ſuppetias aliquas ferre Merillio , quem nec exacte ſatisfacere cenſeo *legi Precibus* 8. *Cod. de Impub. & aliis ſubſt.* ex qua efficitur , primum caſum vulgaris ſubſtitutionis non porrigi ad ſecundum caſum pupillaris ſubſtitutionis ſi mater intercedat . Differentiae enim rationem D. Merillius male ponit in poteſtate verborum formulae ſubſtitutionis reciprocae . *Eoſque invicem ſubſtituo , Invicem ſubſtituti ſunto* , quaſi hac formula uterque caſus expreſſus ſit . *Verbum ſubſtituo* , inquit Merillius , *commune eſt ad vulgarem & pupillarem* . Eſto : ( longe accuratius rem expedit Cujacius , ſed mihi cum Merillio res eſt . ) Non tamen exprimit per ſe verbum *ſubſtituo* , ac denotat caſum ſub-

ſtitu-

ſtitutionis pupillaris: ſed praeſumtio voluntatis teſtatoris inducitur ex pupilli aetate. Itaque & ſi impuberi filio ſoli haeredi inſtituto extraneum pater ſubſtituerit, idem jus eſt, *l. Jam hoc jure* 4.*in pr.* & §.2. *D. de Vulg.* At differentia eſt, quod ejuſmodi praeſumtio voluntatis teſtatoris non admittatur in gratiam extranei contra matrem filii: in gratiam tamen fratris admittatur, *d.l.*45. illis verbis *aliter ſi ejuſdem &c.* Quod confirmatur, *l.ult. Cod.de Inſtit.& ſubſtit.* ubi mortua matre, ſubſtitutus admittitur ex tacita pupillari: matre vero ſuperſtite, ſubmovetur.

## DISPUNCTIO XXXIX.

An res juris vel facti facilius per ratihabitionem confirmari potuerint, ante conſtitutionem Juſtiniani?

ORigo hujus quaeſtionis petenda eſt ex *l. Donationes* 25.*Cod. de donat.inter vir.& ux.* quae cum dicat morte donatoris tacite confirmari & retrotrahi inutiles donationes inter conjuges vel a parentibus liberis in poteſtate factas: & omnimodo ratas haberi quae expreſſe teſtamento confirmatae ſint, ſed illas tantum retrotrahi quae intra legitimum modum conſiſtunt; vel ſi excedant, quae inſinuatae ſint, Juſtinianus ait, *ſine ulla diſtinctione ratas haberi, nec in caeterum ſubtilem diviſionem facti vel juris introduci poſſe.* Eo referunt *l.*7.*D.de Jure codicillorum.* ubi Marcianus, *Quaedam*, inquit, *non referuntur ad confirmationem codicillorum: veluti ſi ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, & in captivitate codicillos ſcribat; nam non valent. Idem eſt, ſi aliquo modo jus teſtamenti faciendi deſierit habere. Praeterea, in illis quae non juris ſed facti ſunt, non eſt perinde habendum quod codicillis ſcribitur, atque ſi, ubi confirmatio, ſcriptum fuiſſet: veluti ſi ita in codicillis ſcriptum erit, Veſtem quae mea eſt; codicillorum tempus ſpectandum, non quo confirmantur. Item, ſi Titius vivus eſt, vel, ſi tot annis eſt, codicillis legavit Sejo: tempus codicillorum, non quo tempore fit teſtamentum, ſpectandum.*

Merillius ait Marcianum in *hac l.*7.afferre differentiam inter res facti & juris quae Codicillis ſcribuntur. Fateor me obtuſo adeo ingenio eſſe, ut non agnoſcam differentiam inter res facti



Digitized by Google

& res juris quam D. Merillius ait Marcianum afferre in *hac l.7.* Scio equidem alias eſſe res facti & juris. Non capio Marcianum in ſententia *hujus legis* 7. inter eas differentiam conſtituere. Nec fugiunt tamen oculos haec verba meos, *praeterea in illis quae non juris ſed facti ſunt, &c.* Tantum vero abeſt ut differentiam mihi videantur exprimere, quinimo convenientiam in argumento quod tractat Marcianus aptiſſimam referunt. Marciani quippe mens eſt, exceptionem dare regulae illi quae dictat, *Quaecunque in codicillis ſcribuntur, perinde haberi ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, l.2.§.2. D. de jure codicill.* & oſtendere *quaedam*, ut loquitur, *non referri ad confirmationem codicillorum*, hoc eſt, quaſdam diſpoſitiones codicillares non referri ad teſtamenta, licet in ipſis teſtamentis confirmentur codicilli. Hoc demonſtrat in cauſa juris, & in cauſa facti: primum exemplum ponit in eo qui teſtamentum ſcripſerit in urbe, poſtea captus ab hoſtibus codicillos fecerit. Hos codicillos non valere Marcianus ait: nec movere, quod jam ante confirmati ſint, quaedam enim non pertinent ad confirmationem codicillorum. Hoc exemplum eſt in cauſa juris, ut & quod generaliter addit Marcianus *idem eſt ſi aliquo modo jus teſtamenti faciendi teſtator deſierit habere:* puta ſi furioſus factus ſit, conſtat enim furioſi codicillos non valere, *d.l.2.§.3.D.de Jure codicill.* Nec ad rem pertinet, quód in teſtamento antea ſanae mentis homine facto, confirmatio codicillorum habeatur; quaedam enim ſunt quae non referuntur ad confirmationem codicillorum. In cauſa etiam facti hoc comprobat, hiſce verbis. *Praeterea in illis quae non juris, ſed facti ſunt, non eſt perinde habendum quod codicillis ſcribitur &c.*& ſubjicit exempla cauſarum facti, primum de eo qui ita legavit in codicillis, *veſtem quae mea eſt*, alterum, de eo qui etiam in codicillis, legavit Sejo ſub conditione *Si Titius vivit, vel, ſi tot annorum eſt*, puta ſeptuaginta; haec exempla docet Marcianus non referenda ad teſtamentum, ſive ad tempus teſtamenti, id eſt, ſpectandum eſſe tempus codicillorum, an eo tempore is qui codicillos fecit veſtem haberet, & an eodem tempore Titius in vivis eſſet, vel 70. annorum eſſet; alias non deberi legatum: ſcilicet quod tam in cauſis facti, quam in cauſis juris, quaedam non referantur ad teſtamentum, quamvis ex eo vim omnem ſumant codicilli. Ex quibus colligitur, in exceptione quam Marcianus tradit, non differre cauſas

juris

juris a cauſis facti. Quid eſt igitur quod Merillius ait, Marcianum hic afferre differentiam inter res facti & res juris? & quorſum iſta ad *hanc l.*7. res facti eſſe, ut poſſeſſionem, traditionem, venditionem, ſolutionem, res juris ut haereditatis aditionem & uſucapionem? quas & olim fruſtra Merillius *lib.*2.*Obſerv.cap.*38. O infelices agricolae, qui e male natis ſegetibus praeter culmos & paleas, nihil in horrea conferimus.

Nunc de vitio Cujacii vel potius de fide Merilliana diſpiciamus. Merillius ait, Cujacium *tractatu* 5. *ad Africanum*, *& in Paratitlis Cod.de donat.inter vir.& uxor.* colligere ex *d.l.*7.*D.de jure codicillor.* ante Juſtinianum res juris facilius quam res facti per ratihabitionem confirmari. Eundem autem Cujacium *in recitat. Cod. ad SCtum Macedon.* contrarium dicere, nimirum res facti, facilius quam res juris per ratihabitionem confirmari potuiſſe. Falſum eſt Cujacium *toto tractatu* 5. *ad Africanum*, hoc ſcribere quod ei Merillius tribuit. Cedo locum Merilli, & paginam ſigna. De ratihabitione tractat ad *l. pen. D. Rem ratam haberi.* Memorat ibi contentionem Sabinianorum & Proculianorum. *Plerique*, inquit, *dicebant in iis quae ſunt juris ratihabitionem retrotrahi*, *in his quae ſunt facti*, *non item*. Caeterum ibi de ſua ipſius ſententia, nihil: denique falſum eſt hoc eum colligere ex *hac l.*7.*D.de jure codicillorum*. quam non laudat nec attingit ullo modo, ſed *l.*7. *D. rem rat. hab.* quae ad rem noſtram non pertinet. Sed nec in *tit. Codicis ad SCtum Macedon. dictae leg.*7. *D.de jure cod.* meminit Cujacius: nec quidquam illi loco contrarium profert, imo prorſus idem. *Inter juris auctores*, inquit, *hac in re non conveniebat*: *omnes generaliter ratihabitionem non retroagebant*: *plerique dicebant ratihabitione confirmari quae ſunt facti*, *non quae ſunt juris*. Reſtat locus *Paratitlorum Cod. de Donationib. inter vir. & uxor.* in quo ſcripſit ille quidem ea, quae ſunt juris, retrotrahi olim, non ea quae facti, arg. *d.l.*7. *D.de jure codicill.* Peto ede mihi locum in quo contrarium ſcripſerit: Praeterea dico, ex veterum ſententia ſcripſiſſe quod ibi refert. *ſublata*, inquit, *verum differentia inter ea quae juris &c.*

Itaque ſi culpandus in aliquo Cujacius eſt, non in eo plane, in quo impetitur a Merillio; ſed in quo damnandus Merillius ipſe eſt. Hic enim ex profeſſo *legem illam* 7. *D.de jure codicill.* in eam ſententiam ſic interpretatur, quaſi Marcianus in ea, differentiam

con-

Digitized by Google

conſtituerit inter res juris, & facti, ut res juris in Codicillis ſcriptae perinde habeantur, ac ſi in teſtamento ſcriptae eſſent, quod Marcianus non cogitavit adſcribere, ſed exceptionem ei regulae, ut initio diximus, potius adjicere voluit.

De quaeſtione autem quid tandem ſtatuit Merillius? *Cujacius*, inquit, *ad tit. Cod. ad SCtum Macedon.* ait, *res facti facilius quam res juris per ratihabitionem confirmari potuiſſe: quod & verius eſt.* Jam fidem feci non eſſe verum quod de Cujacio narratur. An verius eſt, res facti facilius quam res juris olim ratihabitione confirmari? Merillius, Auctores, inquit, utriuſque ſcholae Sabiniani & Proculejani videntur in eo conveniſſe, ut res facti per ratihabitionem retrotraherentur, ſed Proculejani videntur ſubtilem diviſionem juris, & facti introduxiſſe. puta an donatio facta eſſet traditione quae facti eſt, vel mancipatione quae juris eſt. Eadem eſſet mihi conjectura. Sed objicienti Conſtitutionem Juſtiniani in *d. l. Donationes 25. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* quae non indicat Proculus ne, an Sabinus diſtingueret ita ſubtiliter: non haberem quid reloqui poſſem, maxime cum ea ſubtilis diſtinctio Sabino potius accepto ferri videatur, *l. 1. §. 14. D. de vi & vi arm.* Ubi Ulpianus, *Sed etſi*, inquit, *quod alius dejecit ratum habuero, ſunt qui putent (ſecundum Sabinum & Caſſium qui ratihabitionem mandato comparant) me videri dejeciſſe interdictoque iſto teneri: & hoc verum eſt; rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.* Apparet hic agi de re facti: porro commendatur ut rectior, opinio quae cenſebat in hac cauſa ratihabitionem aequiparari mandato, quae cum referatur ad Sabinum & Caſſium, jam illa conjectura deſerenda eſt, & (niſi quid melius proferatur) contraria amplectenda. Rem autem facti facilius per ratihabitionem confirmari potuiſſe, quam rem juris, tanto magis ſtatuam, quod conſtituam, in rebus juris ratihabitionem proprie locum non habuiſſe: quia fieri non potuit ut quod jure ab initio non valeret, privati hominis voluntate convaleſceret ita, ut retro valuiſſe intelligeretur. Atque ita nuptiae ex poſt facto convaleſcere poterant, ſed liberi juſti demum cenſebantur, qui ſuſcepti erant, ex eo tempore quo revaleſcere coeperant, *l. 65. §. 1. D. de ritu nupt. & l. 6. Cod. de nupt.* In cauſis facti obtinebat ut res cenſeretur ab initio rite facta, *l. licet 56. D. de jud.* quia in his ſola voluntas ſpectatur, *l. Si fundus 16. §. Si neſciente domino 1. D. de pig. & hypoth.*

DIS-

# DISPUNCTIO XL.

## An poſt Legem Papiam ſublatum fuerit jus accreſcendi & conjunctionis?

*Vel potius*,

## Cur poſt legem Papiam Jureconſulti de jure accreſcendi diſputaverint.

Jus accreſcendi eſt incrementum partis ad partem, ſive acceſſio partis alicui delatae, quae deficiente eo, alteri propter ſuam partem obvenit, vi conjunctionis, velut ex tacita quadam ſubſtitutione. Dixi eſſe incrementum partis, quia in proprietate relicta pluribus, portio deficiens accreſcit portioni ut alluvio, *l.Si Titio* 33. §.*uſumfructum* 1. *in fin. D. de uſufr.* Haec acceſſio fit vi & poteſtate conjunctionis, quia conjunctio jungit & colligat in unum conjunctos ita, ut pro uno habeantur, unius perſonae poteſtate fungantur, *l. Plane* 34. *in pr. D.de leg.*1. quia in unum corpus redacti ſunt, *l.unic.* §.*His ita definitis* 10. *verſ.Sin autem ex his qui disjunctim. Cod. de cad. toll.* itaque ex pluribus conjunctis quamdiu vel unus remanet, is ſolus omnium jura retinet. Denique tacita quaedam ſubſtitutio in conjunctis intelligitur, & conjunctus quaſi ſubſtitutus eſt, *l.*3. §.*Haec autem* 1. *D.quibus modis uſufr.* Sed cum triplici modo conjunctio fiat, vel re tantum, vel re & verbis, vel verbis tantum. Re, cum eadem res ſeparatim, ſive ſeparata oratione pluribus relinquitur: re & verbis, cum plures ad eandem rem vocantur iiſdem verbis, ſeu conjuncta oratione, ut Titius & Maevius haeredes ſunto vel Titio & Maevio fundum illum do lego, vel Titio cum Maevio, vel Titio Maevioque, vel etiam non poſitis, ſed ſubintellectis his articulis, *&*, *que*, *cum*: Verbis tantum, cum ad res, ſive partes diverſas, plures vocantur. Cum, inquam, tripliciter conjunctio fiat & conjuncti in triplici ſint differentia, ſciendum eſt eum proprie ac ſimpliciter conjunctum dici, qui re & verbis conjunctus eſt. Paulus, *Nec dubium eſt quin conjuncti ſint quos & nominum & rei complexus jungit*, & ideo maxime inter conjunctos verſari jus accreſcendi:

*prae-*

*praefertur omnimodo caeteris qui re & verbis conjunctus eſt*, *dicta l.* 89. *D. de leg.* 3. & *l. Sempronius* 26. §. *ult. D. de uſufr. leg.* Notandum quoque re conjunctos, licet disjuncti ſint, jus accreſcendi habere: quia voluntas teſtatoris in conjunctione reali deprehenditur, ut non fruſtra ad eandem rem plures conjunxerit, §. *Si eadem* 8. *Inſt. de leg.* Denique obſervandum inter verbis conjunctos non eſſe jus accreſcendi: conjunctionem ſine re, non eſſe conjunctionem efficacem ad inducendum jus accreſcendi, *l. pen. D. de uſufr. accreſc.* quia ubi non eſt concurſus ad eandem rem, neque jus accreſcendi eſſe poteſt, *l. Si duobus* 2. *in pr. D. Quibus modis uſufr.* portio ut dictum eſt accreſcit portioni, ubi igitur ad eandem rem, ſive ad eandem portionem non eſt ſpes concurſus, neque eſt jus accreſcendi : at inter verbis conjunctos non eſt ſpes concurſus, *quoniam ſemper partes habent*, ut ait, *d. l. Re conjuncti* 89. Qui per concurſum partes habent, ſolidum ab initio quodammodo habent. *Conjunctim haeredes inſtitui, aut conjunctim legari, hoc eſt totam haereditatem & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri*, inquit *lex* 80. *D. de leg.* 3.

Ab ea propoſitione (Inter conjunctos re & verbis & conjunctos re tantum eſſe jus accreſcendi) excipiendum eſt; niſi voluntas teſtatoris aliud ſuadere videatur; cujus voluntatis conjectura varie ducitur ex variis cauſis, & legandi ſive loquendi modis, ut in legatis per damnationem, in alimentis legatis, in conditione adjecta, ut ſi diverſo jure legatarii ad idem legatum veniant, Ulp. *tit.* 24. *l.* 21. §. *ex duobus* 2. *D. de jure patr. l.* 3. §. *Sed & ſi conjunctim* 3. *D. de leg. praeſt. contr. tab.* Excipiendum & legis impedimentum ut Senatuſconſ. Claudian. & Libon. *l.* 14. §. 1. *D. ad L. Cornel. de falſis*. Sed & ab eo quod dicitur (Inter conjunctos verbis tantum non eſſe jus accreſcendi) excipienda eſt cauſa haereditatis: verborum nuda conjunctio in haeredum inſtitutionibus jus accreſcendi non reſpuit, *l. Si ita quis* 66. *D. de haered. inſtit.* quod jus non decreſcendi potius dici debet: ut ſi teſtator Primum, & Secundum inſtituerit haeredes ex aequis partibus: repudiante Primo, Secundus totam haereditatem habebit, ne pars Primi ad legitimos haeredes tranſeat, quod jus civile non patitur, *l. Jus noſtrum* 7. *D. de regul. juris*. Sed & in legatis aliquando conjunctio verbis accipitur pro conjunctione re & verbis, ſcilicet quando juſta praeſumtio eſt teſtatorem partes adſcripſiſſe non ut partes

quidem

quidem conſtitueret, ſed tantum ut oſtenderet quas per concurſum legatarii haberent : ut ſi Titio & poſtumis pro virilibus partibus legatum ſit relictum : argumentum eſt ideo virilium mentionem feciſſe teſtatorem, quia ſi plures poſtumi naſcerentur, viriles ferre deberent, ideoque nullis natis poſtumis, totum Titio debetur, *l.Si duobus* 16. *D.de leg.*1. *l.*7. *& l.*8. *D. de reb. dub.*

Tale fuit jus accreſcendi, quod cum eadem lege, ſublatum ſit in teſtamentariis cauſis, ad augenda fiſci commoda, quaeritur cur poſt legem Papiam, Jureconſulti anxie adeo atque accurate de eo jure diſputent? Cujacius *lib.*24. *Obſervat. cap.*34. *Paulus*, inquit, *ſcribens ad legem Juliam & Papiam, tractavit de conjunctis haeredibus,legatariiſve,quia fiſco cujus gratia potiſſimum illae leges perlatae ſunt:ſi moriatur haeres vel legatarius vivo teſtatore vel ante apertas tabulas (qua ex cauſa teſtamento relicta in cauſa caduci vel caduca plerumque fiant) praefertur is qui mortuo re conjunctus fuit.* Quid valeat haec vox *plerumque*, omnes intelligunt, ſcilicet notat & continet exceptionem quandam ejus quod vulgo dicitur, legem Papiam abrogaſſe jus accreſcendi. Lex Papia non omnino jus accreſcendi expunxit, utpote quae non habuit locum in pro non ſcriptis, id eſt, in iis quae relicta eſſent perſonis, jam mortuis tempore conditi teſtamenti : nec in relictis,exceptis perſonis, id eſt, parentibus & liberis uſque ad tertium gradum, *l.unic. in pr. Cod. de Caduc. toll.* Quis vero citra calumniam dicere audeat praeſtantiſſimum Cujacium, aut de eo addubitaſſe unquam, aut his contraria docuiſſe?

Merillius tamen contendit eum tribus in locis dicere jus accreſcendi per L. Papiam ſublatum fuiſſe. Primum locum indicat *lib.*12. *Obſerv. cap.*11. Ubi explicans *l.Si ex pluribus* 9. *D.de ſuis & legit.* ſcribit Legem Juliam,& Papiam abrogaſſe jus accreſcendi : & addit, nec enim hanc collationem jus novum patitur quo inter haeredes ſcriptos non verſatur jus accreſcendi. Secundum locum profert *ex Paratitlis Cod. de Caduc. toll.* Ibi *Paulus* (inquit Cujacius) *ſcribens ad L. Papiam de conjunctis tractat. l. Re conjuncti* 89. *D.de leg.*3. *l.Triplici* 142. *D.de verb.ſignif. Lex Papia tollebat jus antiquum, id eſt, jus accreſcendi, jus conjunctionis ſimplex, exceptis certis caſibus fiſco praelato.* Tertium locum citat *ex Recitat. ad eundem Tit. de Cad. toll. in* §. *His ita definitis* 10. ubi iiſdem prope verbis idem Cujacius ait, *Paulus ipſe ſcri-*

*bens ad l. Pap. accurate tract. de conjunct's in l. Re conjunct. 89. D. de leg. 3. & l. Triplici 142. D. de verb. ſignif. Lex Papia tollebat jus antiquum, id eſt, jus accreſcendi, jus collegii: & recte non tollebat jus ſubſtitutionis.*

Quis ſtatim ad ea, pro Cujacio non reſpondeat, cum dixit legem Papiam ſuſtuliſſe jus accreſcendi, reſpexiſſe eundem ad finem & ſententiam legis Papiae? Ergo ne ſi regulae cuipiam generali ſubſit exceptio, toties exceptionis mentio fieri debebit, quoties regula proferetur? O miram delatoris curioſitatem! niſi ſciant boni, in generali ſermone pleraque & ſi non dicantur tacite excipi, & ſi quod ſimplicius dictum, civilem adhibendum eſſe interpretationis modum. Sed tractemus ſingula ſigillatim. Quod ad primam objectionem attinet: quid opus fuit in explicanda *d. l. Si ex pluribus* 9. aliud dicere praeter ea, *Lex Papia jus accreſcendi abrogabat, non jus ſubſtitutionis haeredibus ſcriptis, non legitimis:* Cujacio ſcilicet, qui artem interpretandi callebat, qui hoc unum demonſtrare volebat, legem Papiam non pertinere ad legitimas haereditates. In quo demonſtrando, quis ſi vel laciniam Rhetoricae teneat, non intelligit nihil attinere, imo multum officere, ſi quae ad rem non faciunt, exprimantur. Non eſt igitur quod imputetur Cujacio, quaſi variaverit quod legem Papiam jus accreſcendi haeredibus ſcriptis abrogaſſe dixerit. Quis vero non miretur vel audaciam, vel caecitatem Accuſatoris in penultimo loco quem protulit? In quo non pepercit his verbis *exceptis certis caſibus praelato fiſco*. Quid hoc, *exceptis certis caſibus*? nonne idem atque illud obſervationum, *plerumque*? Quorſum igitur haec committere. Denique quare non aeque verecundus ac bonae fidei fuit Merillius in referendo poſtremo loco ex *recitationibus, ad tit. de Caducis in d. §. His ita definitis* 10. ubi peraeque Cujacius dixit, *exceptis certis caſibus praelato fiſco cohaeredi vel collegatario?*

Ex his porro conſtat non apte ſatis hoc modo propoſitam abs Merillio quaeſtionem eſſe, An L. Papia jus conjunctionis inter collegatarios ſublatum fuerit: vel An poſt L. Papiam conjunctus fiſco praeferretur. Longeque aptius ita concipi, Cur poſt L. Papiam, de jure accreſcendi Jureconſulti diſputaverint. Cui ſane quaeſtioni, ſtatim ea congruet reſponſio: quia plerumque vel (quod idem eſt) quia certis caſibus jus conjunctionis etiam

poſt

poſt *d. legem* perſeveraret. Liceat igitur ſubridere ad illa contradictionis verba. *Idem tamen tribus aliis locis ait, jus accreſcendi l. Papia ſublatum fuiſſe.* Imo liceat intercedere huic electioni, *Quod verius eſt*. Falſum etenim eſt, in totum ſublatum fuiſſe jus accreſcendi L. Papia: & illa verba Ulpiani, *Poſt legem Papiam, non capientis pars caduca fit*. non pertinent ad caſus exceptos, exceptaſque perſonas: ſpectant ad non capientes, non ſpectant ad capientes. Quaſi vero lex ipſa Papia exceptionem non contineret ut probat *d.l.unica in pr. Cod.de Cad.* his verbis, *Et cum lex Papia jus antiquum quod ante eam in omnibus ſimpliciter verſabatur ſuis machinationibus & anguſtiis circuncludens, ſolis parentibus & liberis uſque ad tertium gradum ſi ſcripti fuerant haeredes, ſuum imponere jugum erubuit*. & infra in §.3. *In primo quoque ordine ubi pro non ſcriptis efficiebantur ea quae perſonis jam ante teſtamentum mortuis teſtator donaſſet, ſtatutum fuerat, ut ea omnia manerent apud eos a quibus fuerant derelicta, niſi vacuatis vel ſubſtitutus ſuppoſitus &c.* Merillius ait, Ideo Paulus de conjunctis egit, quia in aliis caſibus qui ad leges iſtas non pertinebant, jus conjunctionis remanſerat. Atquin hoc recidit in id quod Cujacius docuit! cum dixit Paulum & alios Juriſconſultos poſt leg. Papiam de jure accreſcendi diſputaſſe, quod lex Papia certis caſibus illud non abrogaſſet; niſi quod hoc ſermone non eſt uſus (*in aliis caſibus qui ad leges iſtas non pertinerent*) cum ſciret exceptionem omn[illegible] eſſe de regula, qui ſaepius Tullianum illud in *Orat.pro Balbo*, uſurpavit, *Si exceptio facit ne liceat &c.*

Supereſt ut de *lege Re conjuncti* 89. *D.de leg.*3. quam hic tractavit Merillius, & nos ediſſeramus, Textus eſt. *Re conjuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur, item verbis non etiam re, Titio & Sejo fundum aequis partibus do lego: quoniam ſemper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui & re & verbis conjunctus eſt. Quod ſi re tantum conjunctus ſit: conſtat non eſſe potiorem: ſi vero verbis quidem conjunctus ſit, re autem non, quaeſtionis eſt, an conjunctus potior ſit? Et magis eſt, ut & ipſe praeferatur.* In ea vero explicanda, quid non peccatur vulgo, dum verbis conjunctum volunt eſſe re & verbis conjunctum? quo conficto, certam definitionem occultant, verba mentemque Jureconſulti contorquent ac deſtituunt. Parcant mihi manes magni Cujacii, qui ſubtiliter

 admo-

admodum, forte non ita vere, & poſt eum Merillius quos primo facit conjunctos verbis tantum, poſtmodum re & verbis conjunctos fingit. *Si vero*, inquit Merillius, *legatarii ſunt conjuncti verbis tantum, aliis praeferuntur hac l.* 89. *veluti cum teſtator ita legaverit; Titio & Maevio fundum Cornelianum do lego: Sejo fundum Cornelianum do lego: Cajo & Sempronio fundum Cornelianum aequis partibus do lego. Si Sempronius defecerit, in parte Sempronii Cajus caeteris praefertur, quia alii tantum re conjuncti ſunt cum Sempronio, hic autem re conjunctus eſt & praeterea verbis*. Ecce, dicit Cajum cum Sempronio conjunctum re & verbis, quem ante dixit verbis tantum conjunctum. Et cum efficit ex *d. l.* verbis tantum conjunctum caeteris potiorem eſſe (quo in errore fuerunt Zazius, Alciatus, Duarenus & alii plerique) aperte impugnat *d. leg. Re conjuncti* 89. cujus ſcopus ac ſententia eſt, demonſtrare conjunctum, id eſt, re & verbis conjunctum potiorem eſſe verbis conjuncto.

Dicat forte Merillius ſe non ſimpliciter conſtituere verbis conjunctum potiorem eſſe re & verbis conjuncto, quem optime omnium ſciat ſimpliciter conjunctum eſſe ac dici: ſed hoc ſe aſſerere, verbis conjunctum in ſpecie *d. legis Re conjuncti* 89. habendum eſſe pro conjuncto re & verbis, quod ſubſugium & ab aliis eſt quaeſitum fruſtra. Enimvero, licet interdum eveniat conjunctionem verbis haberi pro duplici, hoc tamen ita non eſt ſemper: nec niſi ubi ex mente teſtatoris id colligi poteſt, ut in ſpecie *legis Si duobus* 16. *§. ult. D. de leg.* 1. Profecto ita non eſt in quaeſtione propoſita a Jureconſulto, citra ſcripturam ullam teſtatoris, cujus dubia mentis ſententia varias judicum conjecturas ciere poſſit. Cum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quaeſtio, *l. 25. in fin. D. de leg.* 3. Non iiſdem loris & fraenis reguntur pariter omnes equi. Non ubicunque verbis conjunctos videas, ſtatim dicendum, eſſe re & verbis conjunctos, ut jus accreſcendi habeant: alioquin expungendum ſit illud axioma, verbis conjunctos non haberi jus accreſcendi, *l. 1. in pr. & l. pen. D. de uſufr. accreſc.* In *d. l. Re conjuncti* 89. propoſitis tribus conjunctionis generibus alienum ab arte fuit, de tertio genere nihil dicere: quod tamen factum debent fateri, ſi quod de tertio illo genere, id eſt, de verborum conjunctione dicitur, referant ad conjunctionem re & verbis. Vis videre quam ſit hoc non tantum ſterile,

rile, ſed etiam dictu ridiculum? Liquebit, ſi quaeſtionem Pauli ita reſolvas? An conjunctus re & verbis, potior ſit re & verbis conjuncto, quod ridiculum eſt.

Nam verbis conjunctum Merillius & caeteri cum hic habeant pro conjuncto re & verbis, conſequens eſt quaeſtionem ſecundum eos ita proponi, An conjunctus re & verbis, re & verbis conjuncto potior ſit. Itaque quod Paulus ſibi vult hoc ſermone, *Si vero verbis quidem conjunctus ſit: re autem non, quaeſtionis eſt an conjunctus potior ſit*, nihil aliud eſt quam quaerere An conjunctus, id eſt, re & verbis conjunctus, potior ſit verbis conjuncto. Et quia praemiſerat Paulus re & verbis conjunctum omnimodo praeferri caeteris: ita hoc abſolvit *magis eſſe, ut & ipſe praeferatur*, id eſt, praeferatur verbis tantum conjuncto. Apage ergo gloſſema iſtud (verbis conjunctum hic habendum pro re & verbis conjuncto) cum Paulus aperte loquatur de eo qui conjunctus ſit verbis, re autem non. Denique hanc noſtram expoſitionem tria confirmant. 1. Quod verbum conjunctus, ut jam praemiſimus, in jure ſignificet re & verbis conjunctum. 2. Quod propoſita ut volunt quaeſtione de verbis conjuncto, recta ratio haec verba deſiderat *quaeſtionis eſt an ipſe potior ſit*. non iſta, *an conjunctus potior ſit*. Poſtremum, quod falſa ſit ſubjecta reſponſio in conjuncto verbis: qui cum interpretative tantum ſit re & verbis conjunctus, non poteſt intelligi potior eſſe eo qui palam ſit re & verbis conjunctus, propter vim expreſſorum quae tacita ſemper vincunt, ut expreſſa ſubſtitutio praevalet tacitae, & excludit jus accreſcendi, *l. qui plures* 23. *D. de vulg. & pup. ſubſt.* Quod ſi Merillio haereat ſcrupulus de verborum nuda conjunctione, quae dicitur non parere jus accreſcendi, ut nulla videatur ſubfuiſſe dubitandi ratio: cogitet (me admonente) Tribonianum *hanc leg. Re conjuncti* 89. tranſtuliſſe ab haereditatibus ad legata, ut docet inſcriptio & collatio *d. legis*, *Triplici modo* 142. *de verb. ſig.* ut omnino ſpeciem fingere debeamus hoc modo. Teſtator, id eſt, pater filios inſtituit ita. Primus & Secundus haeredes ſunto: Secundus & Tertius haeredes ſunto ex aequis partibus. Quartus haeres eſto. Quaeritur de parte ſecundi, quia deficit, cui accreſcat? Paulus demonſtrat ſoli Primo accreſcere. Theſim ac regulam ſive definitionem praemiſerat, *Praeferri omnimodo caeteris, qui & re & verbis conjunctus eſt*. Hanc commonſtrat & in hypotheſi veram eſſe. Movebat

quod

Digitized by Google

quod omnes pariter re conjuncti viderentur, quia de haereditate agitur. Planum hoc erat, Quartum non poſſe praeferri caeteris. *Quod ſi re tantum conjunctus ſit*, inquit Paulus, *conſtat non eſſe potiorem*. At ſaltem dubium erat, an cum caeteris admittendus eſſet, quia pariter cum iis re conjunctus eſſet. Sed ratio facit, ut conjunctus, id eſt, Primus qui Secundo conjunctus erat re & verbis, illi Quarto praeferatur. Quid vero de Tertio dicetur, quem verbis tantum conjunctum Paulus dicit, quia partem a parte ſecundi diviſam accepit? Quaeſtionis eſt An & conjunctus, id eſt, ille idem Primus potior ſit eo, Paulus ait *Et magis eſt ut & ipſe praeferatur*. Dubitatio erat quia verborum nuda conjunctio in haereditatibus teſtamentariis non ſit ſine effectu. Ratio vero decidendi eſt in potiore jure duplicis conjunctionis.

Caeterum ne movearis quod conjunctiones explicuerit Paulus vel Tribonianus in exemplis legatorum, ſpeciem vero poſuerit in haereditate teſtamentaria: non eſt novum non dicam Tribonianum, ſed & ipſos etiam auctores conſimilia varia permiſcere, & ſub titulis legatorum, de haereditatibus addere nonnihil ut *l.*80. *D.de leg.*3. *l.*52. *D.de leg.*2.

## DISPUNCTIO XLI.

De interpretatione *l.legata* 41. *D. de condit. & demonſt.* An in ea, verbum *delegari*, tranſmitti ſignificet, vel cedi?

TExtus *legis* habet. *Legata ſub conditione relicta non ſtatim, ſed cum conditio extiterit, deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt*.

*Hujus legis* ſententia quia multiplices effectus habet, variis etiam ſpeciebus inſervire poteſt: ut contingit in ſimilibus regulis, quae cum generales ſint, ad plures hypotheſes referuntur. Non mirum igitur ſi praeſtantiſſimus Anteceſſorum magiſter *hac l.*41. uſus ſit ad diverſa comprobanda. Uſus ea eſt in *l.*3. *D.de regul. Catonian.* ut ex ea probaret ad haeredem non tranſmitti legatum conditionale. *Eadem l.* vir doctiſſimus uſus eſt in enarratione *legis Quae legata* 18. *D. de reg.jur.* (cujus loci non meminit accuſator) ut ex ea obiter comprobaret, patri per filium legatum conditionale ſtatim non acquiri. Ea inſuper uſus eſt ad *l.unic. in* §.*Sin autem* 7. *Cod. de cad. toll. Legatarius*, inquit, *moriens pendente*

*dente conditione legati, haeredi ſuo nihil relinquet, & hoc Graecis viſum eſt velle legem Legata* 41. *D.de cond.& dem.* Pergit Cujacius, *Graeci*, inquit, *qui d.l.interpretantur* μεταδέχεσθαι, *ita videntur verſum illum accepiſſe, ut interim tranſmitti non poſſint legata conditionalia in haeredem. Verum melius eſt, ut verbum delegari, accipiamus proprie, ut ſcilicet conditionalia legata, dum pendet conditio, non poſſint cedi.* Dico, nullam hic variationem eſſe, cum ex duabus interpretationibus melior aeſtimatur: variationem tunc tantum eſſe, ſi antea Cujacius dixiſſet, melius eſſe, ſi verbum delegari, pro tranſmitti, accipiendum.

Merillius autem, quia data opera facit interpretationem illius verſiculi *Ideoque interim delegari non potuerunt*, quid praeſtet videamus! Et hoc, inquit, magis probarem: ſcilicet verbum delegari accipi proprie, pro cedi, & mandari: tum quia verbum delegari proprius ſumitur, tum quia major ſubeſt dubitatio. Quibus enim ſub conditione legatum eſt, hi in poſſeſſionem mittuntur legatorum ſervandorum cauſa, Item legatum quamvis conditionale, in ſtipulationem Aquilianam deduci poteſt, item novari poteſt. Sed (ita ſibi ſatisfacit Merillius) ideo non fit miſſio in poſſeſſionem quaſi debeatur, & tale quale eſt in ſtipulationem deducitur: at cum alii legatum conditionale delegatur, quaſi jam debitum delegatur, *l.*11. *D.de novat.* Placet electio: diſplicet ratio, Quis enim Merillio renunciavit legatum conditionale cum delegatur, quaſi jam debitum delegari? Non hoc docet *l.*11. *D. de novat. Delegare*, inquit, *eſt vice ſua alium reum dare creditori*. quaſi vero, & non reus ille dicatur qui ſub conditione debet? *l.*7. *D. de duob. reis conſtit.* Quaſi & qui nihil debet, non poſſit delegari? *l.*9. §.*Si quis* 1. *D.de condict.cauſa data*. Ego vero cenſeo, id quod ſub conditione debetur poſſe volenti creditori delegari. Finge, debeo Titio centum, & quidem pure: Sejus mihi centum debet, verum ſub conditione: volenti Titio delegavi Sejum, Sejus ſtipulanti Titio centum promiſit, & quidem animo novandi. Sane delegatio valet, licet non ſtatim novatio fiat, ſed tunc cum conditio exiſtet, *l.quoties* 14. §.1. *D. de novat.* At ſtipulatio pura eſt! ita quidem ex verborum figura, ſed ad conditionem redigetur, ut plerumque fideicommiſſum purum ad conditionem redigitur, *l.*44.*D.de bonis libertorum.* Ex delegatione mea poteſt is qui mihi pure debet, creditori meo

ſub

ſub conditione promittere, *l.pecuniam* 36. *D. de reb. cred.* quare igitur qui debet ſub conditione, ex delegatione mea idem non faciet? At forte aliud in legatis conditionalibus! Non aliud fere. Nam & legata conditionalia in ſtipulatum deducta novantur aeque, id eſt, non ſtatim, ſed cum conditio extiterit, *l. Si Stichum* 8. §.1. *D.de novat.* Quid igitur eſt quod Ulpianus in *d.l.*41. *D. de condit. & demonſt.* ait, *delegari non potuerunt*. Accurſius; *Non potuerunt*, inquit, *ut ſtatim delegatio ac per eam novatio ſortiretur effectum*. Optime itaque in *d. l.*41. advertendum eſt his verbis *delegari non potuerunt*, ineſſe facti ſpeciem de debitore Maevii, cui cum teſtamento Seji varia ſub conditione legata relicta eſſent, iſque haeredem Seji Maevio creditori ſuo delegaſſet, haeres autem ſtipulanti Maevio novandi animo quantitates omnes quae legatis continebantur daturum ſe promiſiſſet, mortuo legatario pendente conditione legatorum, quaeſitum eſt, an haeres teneretur? Reſponſum eſt non teneri. Dubitationem faciebat, quod jure novationis ex nova ſtipulatione deberi videbantur quae ex veteri cauſa, id eſt, ex teſtamento olim debita erant, *l. Cum filius* 76. *D. de leg.*2. At ratio decidendi eſt, quod conditio legatorum ineſſe intelligitur illi ſtipulationi, *d.l.Si Stichum* 9. §.1. *D.de novat.* proindeque mortuo ante conditionem exiſtentem legatario, quae ab haerede promiſſa ſunt, non debentur, quia non potuerunt delegari cum effectu, ut delegatio pro pura haberetur.

An vero idem eſt, ſi Titius creditor debitorem ſuum qui ſub conditione ei debebat, Primo creditori ſuo delegavit, idemque ante quam exiſteret conditio, deceſſerit; mox vero conditio extiterit? Dico fere idem. Idem enim eſt, ut non niſi exiſtente conditione perficiatur novatio & delegatio, *l.Qui decem* 72. §.1. *D.de ſolut.* At non idem, ut extinguatur nova ſtipulatio morte Titii, quia perinde apud ejus haeredem ſtipulationis conditio exiſtere poteſt, *l.Novatio* 24.*D.de novat.* Ergo utroque caſu, exiſtente conditione, vivo legatario vel creditore, qui delegationem fecerit, expeditum eſt novationem ac delegationem perfici, & verum eſt legata ac fideicommiſſa conditionalia hoc ſenſu delegari poſſe: ne ſi hoc negemus omnium utilitates impediamus. In ſumma, inutilis eſt delegatio legatorum, moriente legatario, pendente conditione, quia mors legatarii contingens ante conditionem exiſtentem, legatum extinguit, *l.*1. *D.de cond.& dem.* Non morien-

te,

Digitized by Google

te, non eſt inutilis: quia dominium ei acquiritur,& delegatio convaleſcit, ut dicitur convaleſcere pignus rei alienae dominio poſtea debitori quaeſito, *l.*1. *D. de Pignorib.*

## DISPUNCTIO XLII.

**An patronus poſſit remittere debitam portionem in bonis liberti?**

Paulus in *l.Patronus* 60. *D. ad SCtum Trebell.* ait, *Patronus ex debita portione haeres inſtitutus, ſextam partem reſtituere rogatus; reſtituit: non tranſeunt ex Trebelliano actiones, quoniam non fuit debitum quod reſtituit. Et ideo ſi per errorem fecit, etiam repetitur.*

Quaeſtio eſt, an poſt mortem liberti teſtati patronus debitam ſibi portionem remittere poſſit? Nullus ne Merillius quidem dubitat, quin ſolutam repetere non poſſit: cautam vero, an ſolvere teneatur, hoc unum quaeritur. Finge patronum a liberto inſtitutum ex ſemiſſe (quae pars ei juribus debetur, qua non relicta, bonorum poſſeſſionem patronus habet contra tabulas liberti) rogatum unciam reſtituere, eam unciam ſtipulanti fideicommiſſario poſt mortem liberti promiſiſſe. An tenetur ex ea ſtipulatione; an non tenetur, ita ut cautionem ejuſmodi condicere poſſit? Cujacius putat non teneri in *expoſit. Novellae* 1. *de haeredib. & falc.* debetur, inquit, haec portio reverentiae patroni: idcirco non eſt arctandus ut eam invitus omittat, etiamſi promiſerit.

Merillius hanc ſententiam amplectitur. Hoc, inquit, expreſſum eſt, *l. Si patronus* 20. *D. de donat.* Et ut videatur de ſuo aliquid conferre reſpondet ad *l.*46. *D.ad L. Falcid.* quae ait. *Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem teſtatoris ſecutus ſpopondit ſe daturum, cogendus eſt ſolvere.* Reſpondet legem Falcidiam reſpicere tantum privatam utilitatem haeredis:at reverentiam patronalem ſpectare ad jus publicum, quod privata cautione remitti non poteſt. Mihi contra videtur. Et ut Merillianam potiſſimum inſecter rationem, dico. Haeres ſi caverit ſe non uſurum Falcidia ex ſua promiſſione tenetur, *d. l.*46. *D. ad l. Falcid.* At in l. Falcidia non tantum juris publici ratio verſatur aeque ac in Edicto Praetoris, & in L. Papia (jus publicum verſatur in omnibus legibus,) imo longe latius patet, *l.Quod bonis* 15. §.1. *D.ad*

 *l.Falcid.*

*l. Falcid.* ubi Papinianus. *Frater*, inquit, *cum haeredem ſororem ſcriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, ſtipulari curavit, ne Falcidia uteretur, & ut certam pecuniam ſi contra feciſſet, praeſtaret. Privatorum cautione legibus non eſſe refragandum.* Ex hoc textu, apparet jus publicum verſari in l. Falcidia. At poſt mortem teſtatoris ubi jus delatum eſt haeredi quemadmodum jam non publici juris ratio habetur; ſed privati: ita poſt mortem liberti ubi ſemis patrono debetur, jam legis Papiae publica ratio ceſſat, & privata ratio ipſius patroni agitur de qua, ut de re alia quacunque ſua ſtatuere poteſt, cum unicuique liceat ſui juris perſecutionem, aut ſpem futurae perceptionis deteriorem conſtituere, *l. Pactum 46. D. de pactis*. Ergo ne patronus invitus ſuſcipiet legis beneficium? & quod ei lex, ſua cauſa dat, non licebit ei, eo non uti? Haeredi, qui conſulto Falcidiam non detraxit, non datur indebiti condictio, *l. Error 9. Cod. ad l. Falc.* Idem eſt in patrono, qui ſciens prudens ex parte ſua aliquid reſtituit, *dict. l. 60. D. ad SCtum Trebell.* non autem hoc, alia ratione quam illa generali, quod liceat unicuique de ſuo commodo detrahere. Nullius legis in fraudem fit, ſi quod acquiri poteſt omittitur, quanto magis ubi acquiſitum eſt, quidni liceat erogare, donare, perdere, pro derelicto habere? Dicat Cujacius, dicat & Merillius, quod a ſciente ſolutum ſit, ſe concedere id non poſſe repeti: non eſſe idem in cautione. Sed audiant Maecianum. *Fideicommiſſum*, inquit, *in ſtipulatione deductum tametſi non debitum fuiſſet, quia tamen a ſciente fidei explendae cauſa promiſſum eſſet, debetur, l. 62. D. de condict. indeb.* Rurſus dicat Merillius, haec in haerede, ut quartam ſuam quam ex l. Falcidia habet aut quartae partem, per fideicommiſſum relictam ſtipulanti fideicommiſſario promittat: non vero in patrono admittendum. Rurſus audiat Juriſconſultum in *l. 40. §. 1. D. de jure fiſci*. *Patronus ſi tacite in fidem ſuam recipiat, ut ex portione ſua praeſtet, ceſſare fraudem dicitur, quia de ſuo largitur.* Ex hoc loco efficio, & probo quod praemiſi; In lege Falcidia latius patere juris publici rationem, quam in lege Papia. Non poteſt enim haeres in tantum obſequioſus eſſe teſtatori: ut in fraudem legis Falcidiae teneatur ei morem gerere jubenti non retinere Falcidiam. *privatorum cautione legibus non eſſe refragandum conſtitit*. At vero patronus vivo teſtatore fidem ſuam adſtringere poteſt de praeſtando fideicommiſſo, nec intelli-

gitur

gitur contra legem facere, quia de ſuo largitur. Ergo non magis; imo minus publica ratio eſt in patrono, quam in haerede. Et ſane, in portione reverentiae patronali debita, juris publici ratio quae eſt, ſolos ſpectat patronos: in l. Falcidia, teſtatorum atque haeredum omnium cauſa verſatur. Patronus quiſque poteſt inter vivos jus ſuum remittere, *l.3. Cod. de bonis libert. ut liberti a jure patronatus liberentur*, inquit Juſtinianus: (quem locum cum verſaret aliquando magnus magiſter, haec dicebat (*Remitto jus patronatus*) *oratio eſt privati hominis propria. lib.*8. *Obſerv. cap. illo* 32. quod incipit a formidoloſa hac increpatione, *Accepi diruptos neſcio quos imitatores qui ſcribendi prius, quam diſcendi celeritate praecipiti miſere volvuntur, &c.* quam objurgationem ſcio, nonnullos a ſcribendo deterruiſſe Deceſſores noſtros, qui tamen hodiernis multis ſcriptoribus meliores erant.) Si jus patronatus remittere patronus poteſt, dubio procul ſemiſſem ei debitum, aut ſemiſſis partem donare poterit interveniente ſtipulatione, qua confirmandae liberalitatis ſuae cauſa ad dandum ſe adſtringat: nec enim minus conſulto dare intelligitur, qui ſtipulanti promittit, quam qui accipienti tradit. Porro cujus per errorem dati repetitio eſt; ejus conſulto dati repetitio non eſt, quia donatio eſt, *l. Cujus* 53. *D. de reg. jur.* Sed & adverſus Cujacium idoneum niſi fallor argumentum deſumi poteſt ex *l. Si quando* 35. §. *Illud etiam* 1. *Cod. de inoff. teſtament.* ubi nec filius quidem teſtatoris admittitur, ſi poſt mortem ejus cum haeredibus extraneis pactum fecerit, quo patris judicium agnoſceret, non admittitur, inquam, ad quaerelam inofficioſi teſtamenti: Non eſt patroni perſona favorabilior perſona filii. Ergo ſi poſt mortem liberti ſtipulatione ſe patronus adſtrinxerit, contra pactionem ſuam venire non poterit. Non eſt melior cauſa patronorum, quam filiorum, niſi ſicubi patronis jure ſingulari proſpectum eſt, ut l. Ælia Sentia, & Edictis Fabiano, & Calviſiano.

Non moveor *l. Si patronus* 20. *D. de donat.* in qua Marcellus, *Si patronus*, inquit, *ex debita parte haeres inſtitutus, & libertus fidei ejus commiſit ut quid daret, & hoc ſtipulanti fideicommiſſario promiſerit, non erit cogendus ſolvere, ne pars ex legibus verecundiae patronali debita minuatur.* Dico enim *hanc legem* intelligendam eſſe de patrono, qui non poſt mortem liberti, ſed vivo atque exorante eo, ut caveret confideicommiſſario de praeſtan-

do fideicommiſſo, verecunde non eſt auſus coram in os id recuſare liberto ſuo: quapropter, ei poſtea ſubvenitur, & ejus verecundiae parcitur ut non cogatur ſolvere. Hoc ſuadet verbum *verecundiae*. Pudor enim, timiditas ac verecundia maxime apparent in colloquendo, & in conſpectu eorum qui a nobis quid flagitant. Senec. *Ep*.1. *Locutus eſt mecum amicus tuus bonae indolis. Ubi ſe collegit, verecundiam (bonum in adoleſcente ſignum) vix potuit excutere*. Ita vero magnum Cujacium exaudiſſe aliquando & enarraſſe *d. l:Si patronus* 20. (ſi pura eſt ejus recitatio, ex *lib*.11. *quaeſt.Pauli*) agnoſco: ſed inde nefas mihi & Merillio, dicere eum variaſſe, quia pura ne ſit illa, neſcimus: non vulgaſſe eam, certo ſcimus.

## DISPUNCTIO XLIII.

An ob ſcientiam tutoris, dies petendae bonorum poſſeſſionis cedant pupillo?

CErta praefinita ſunt tempora petendae bonorum poſſeſſionis, liberis, anni: extraneis, centum dierum; non ex quo is de cujus bonis agitur mortuus eſt, ſed ex quo ſcivit is ad quem bonorum poſſeſſio pertinet, *l*.2. *Cod. qui admitti ad bon. poſſeſſion*. Quaeritur de impubere patrefamilias, & de impubere filiofamilias, quibus tutores & parentes (in quorum ſunt poteſtate) bonorum poſſeſſionem petere poſſunt & ſolent; An ob ſcientiam tutoris aut patris, dies petendae bonorum poſſeſſionis eis cedant? In *l*.7. §.1. *D.de bon.poſſ*. Ulpianus ait, *Impubes nec bonorum poſſeſſionem admittere, nec judicium accipere ſine tutoris authoritate poteſt: quia tutor pupillo, & pater infanti filio, bonorum poſſeſſionem petere poſſunt. Dies quibus tutor aut pater ſcit, cedere placet*: hic aenigma: quale iſtud,

*Ajo te Aeacida, Romanos vincere poſſe*.

Nam ambiguum eſt, cedant ne dies impuberi, an patri & tutori? Neque tamen opus vate. Ulpianus enim, cum de patre & de tutore loquatur, quos ait petere poſſe bonorum poſſeſſionem pro filio & pro infante, conſequenter videtur ſcribere, dies cedere quibus tutor aut pater ſcivit, ut ſcientia ſua excludantur alii ab ea facultate petendae bonorum poſſeſſionis. De quaeſtione tandem

dem quid dicendum? An ſcientia patris nocebit filio? an tutoris nocebit pupillo? Hic invocandus Apollo. Merillius enim varium nobis Cujacium facit, dum ſcribit eum *in recitationib. tit. de bon. poſſ. ad d. leg.*7. §.1. dicere, neque pupillo neque filio nocere ſcientiam patris, aut tutoris, nec diſtinguere inter tutorem & patrem; alibi vero tribus in locis, dicere ſcientiam tutoris nocere pupillo, non patris, filio, *lib.*14. *Obſerv. cap.*8. *ad l.*1. *in fin. D. de bon. poſſ.* lib.15. Quaeſt. Pap. *& ad l. ult. de juris & facti ign.* lib.6. reſp. Pap. Imo vero; ubique locorum mens Cujacii eadem fuit, ſed ut menda pleraque obrepſerunt *in recitationibus*, non eſt dubitandum inconſulta alicujus opera haec verba *in d. recitatione ad l.*7. *D. de bon. poſſeſſion. ſub finem*, *non pupillo* adjecta fuiſſe. Cujacius ibi. *At ex quo tempore cedant centum dies petitionis patri vel tutori? Cedent ex eo tempore, quo ſcierit pater vel tutor, praeteritis centum diebus non petent. Cedent autem patri vel tutori, non filio*: adjectum eſt, *non pupillo*, proſequitur Cujacius: *Nam ſcientia patris non nocet filio*, *l.*3. *D. Quis ordo in bon. poſſ. l.*1. §.1. *tit. ſecundo infra*. *Sic eſt finis hujus legis accipiendus*, *cedere patri videlicet vel tutori*, *non filio*. *Hic mihi non Delius natator*, *non* Δήλιος κολυμβητὴς invocatur. Te unum volo Merilli.

*Si capias noſtram deriſo numine mentem.*

Capies. Capient & qui naſum Rhinocerotis habent. Si pupilli parem Cujacius facere voluit cauſam cum filioſam. cur poſt haec *nam ſcientia patris non nocet filio.* ſubſtitit? nec adjecit, nec ſcientia tutoris nocet pupillo? Cur authoritatem ad unum confirmandum quaeſivit, ſi de utroque dictum voluit? Denique in hac concluſione. *Sic eſt finis hujus legis accipiendus*, *cedere patri videlicet vel tutori*, *non filio*: cur non meminit pupilli: Sint haec argumenta adjectitiorum illorum verborum *Non pupillo*.

Quae vero argumenta ſunt Cujacii, ut adprobet tutoris ſcientiam nocere pupillo? Tutor, inquit, comparatur actori Civitatis, & Reſpublica pupillo, *l.*78. §.2. *D. de legat.*2. *l.*3. *Cod. de jure Reſp.* At dies quibus actor ſcivit, cedunt municipibus, *l.*14. *D. ad municip.* 2. Impuberes ſine tutore agentes nihil ſcire dicuntur, *l. ult. D. de jur. & facti ignor.* ergo cum tutore agentes intelliguntur ſcire ea quae tutor ſcit. 3. Scientia tutoris in pleriſque aliis cauſſis pupillo nocet, *l.* 4. *D. de tribut. act. l. non ſolum* 22. §. *pen. D. de liberali cauſa l.*4. §. *illa* 23. *D. de doli mali & met.*

Digitized by Google

*& met. except.* Poſtremo; Non ſcriptum ſemel, patris ſcientiam non nocere filio, quod ad differentiam tutoris notatum ſatis videtur.

Merillio qui in alia ſententia eſt, & confidenter ſcribit neque patris neque tutoris ſcientiam nocere filio & pupillo, nonne incumbebat Cujacianis hiſce rationibus occurrere. Porro ipſi Merillio reſpondere facile eſt cum hoc unum objicit, ſcientiam alterius non nocere, nec in petendis bonorum poſſeſſionibus ignorantiam prodeſſe quod confirmat, *l. 5. D. de juris & facti ign.* Primum enim dici poteſt tutoris ſcientiam eſſe ipſam pupilli ſcientiam, arg. *leg. ult. D. eod. tit.* Deinde regulam illam *legis 5.* non pertinere proprie ad bonorum poſſeſſiones: ſed referendam ad l. Juliam & Papiam de maritandis ordinibus, ut ſuadet Epigraphe quae monſtrat deſumtam eſſe ex libro 2. Terentii Clementis ad l. Juliam & Papiam. Extant legis Juliae capita in *l. 44. de ritu nupt.* Ne Senatores, neve Senatorum per maſculos liberi ſponſalia, vel nuptias ſcientes haberent cum iis qui artem ludicram facerent, aut feciſsent, parenteſve eorum. In his cauſis non debuit patris ſcientia nocere filio, nec ignorantia prodeſſe, ut in Edicto Praetoris de iis qui notantur infamia, ſi intra luctus tempora filiusfam. duxerit uxorem, notatur infamia pater aut filius qui ſcivit, *l. liberorum* 11. *§ ult. D. de iis qui not. inf.* At iniquum fuit, ſcientiam alterius alteri nocere: & ita recte Terentius Clemens in *d. l. 5. Iniquiſſimum videtur, cuiquam ſcientiam alterius quam ſuam nocere: vel ignorantiam alterius alteri profuturam.* Si extra proprios caſus regulam trahas, facile perdit officium ſuum, ut *l. 2. in pr. D. de litigioſ. & l. 16. §. 3. D. de liberali cauſa.* Nihil igitur ad quaeſtionem facit illa regula, quae non magis pertinet ad ſcientiam tutoris in iis quae pupillum contingunt, quam ad ſcientiam ſervi aut filiifam. in iis, quae patri vel domino acquiruntur.

## DISPUNCTIO XLIV.

An Magiſtratus municipales habuerint pignoris capionem?

Cujacius (inquit Merillius) ait *in Paratitlis Cod. de modo mulctar.* omnes magiſtratus qui publice judicium exercent, mulctae

mulctae dictionem & pignoris capionem habere; Non excipit magiſtratus municipales, ſed tantum defenſores plebis. Ergo ſentit magiſtratus municipales mulctae dictionem, & pignoris capionem habere.

Quid opus eſt operoſiore Dialectica, ei cui non imparis ſunt auctoritatis opera Cujacii poſtuma, ac priora? Hoc *ad Papinianum* 1. *ad l.*1. *D.de off.ejus cui mand.&c.* aſſeruit his verbis, *Non poteſt etiam magiſtratus municipalis juriſdictionem ſuam tueri poenali judicio quod proponitur in Tit. Si quis jus dicenti &c. fateor haec ei denegantur: ſed an ideo eſt expers mixti imperii? minime. Nam pignoris habet capionem & modicam coërcitionem &c.* Nec eſt quod ei opponantur Notae illae nuperae, quas, ut alias diximus, Bibliopolae ab aliis collectas; Accurſianis gloſſis admiſcuerunt. Sed nec ſi dicamus eas germanam eſſe Cujacii prolem, quidquam continent, quod non poſſit componi cum priore dicto Cujacii: Nam qui hoc dicit, magiſtratui municipali non eſſe jus capiendi pignoris, hoc ſe intelligere, dicere poſſit, non ei eſſe jus, ſi ei denegatum ſit: ut eſt in *l.*25. *D. ad municipalem. Omnia habet magiſtratus municipalis, cui nominatim nihil denegatum.* vel hoc dicere, non eſſe ei jus capiendi pignoris ſine juſſu Praeſidis, ut ipſe docuit Cujacius in *l.Nominatori* 11. *Cod. de pig.* idque ſecundum verba *d. l. Nominatori pignori capere ſine Praeſidis auctoritate res nominati non licet.* Caeterum ſatis abundeque ſufficere poſſint, quae de hoc argumento ſupra diſputata ſunt, *diſp.*3. & 4. neque his conditionibus utor, ut iterum ad Pythum viam rogitem. αὖθις αὖ πυθώδ' ὁδὸς.

## DISPUNCTIO XLV.

### An nota ſit Marcelli vel Triboniani in *l. Duobus* 30. *D. de liberali cauſa*?

JUlianus ait, *Duobus petentibus hominem in ſervitutem pro parte dimidia ſeparatim, ſi uno judicio liber, altero ſervus judicatus eſt; commodiſſimum eſt, eo uſque cogi judices donec conſentiant. Si id non continget, Sabinum refertur exiſtimaſſe, duci ſervum debere ab eo qui viciſſet. Cujus ſententiae Caſſius quoque eſt, & ego ſum. Et ſane ridiculum eſt arbitrari, eum pro parte dimi-*

*dimidia duci, pro parte libertatem ejus tueri. Commodius eſt autem favore libertatis, liberum quidem eum eſſe; compelli autem pretii ſui partem viri boni arbitratu victori ſuo praeſtare.*

Quaeſtio facti haec eſt, an haec verba *Commodius eſt autem, &c.* Marcello, qui notas ad Julianum ſcripſit, an Triboniano, cui novum non eſt ex Juſtiniani Conſtitutionibus vetera interpolare jura, accepta referri debeant? Merillius putat in hac facti quaeſtione Cujacium variaſſe, & modo dixiſse notam eſse Marcelli, *in explicatione l.26. D.de except. rei jud.* modo adjectionem Triboniani, *in Paratitl. Cod.de com. ſerv. manum.*

Sciendum eſt ante Juſtinianum, inter juris auctores non ſatis conſtare, an ſocius communi ſervo libertatem teſtato, vel inteſtato ſolus inconſulto ſocio donare poſset: quibuſdam jus vetus adhuc retinentibus, quo pars manumittentis (maxime ſi per vindictam, cenſum, & teſtamentum manumiſiſset) ſocio, hoc eſt, inhumaniori domino accreſcebat, §. *Erat olim* 4. *Inſt. de donat.* §. *Communem* 18. *tit. de libertis* apud Ulpian. Nam licet Severi conſtitutio de ea re extaret, non tamen generalis erat, ſed ad milites tantum pertinebat, *l.*1. *Cod. de com. ſerv. man.* Et divorum Severi & Antonini Conſtitutionem licet generalis erat, & ad paganos etiam pertinebat, de teſtati tamen cauſa tantum fuiſse, verba Juſtiniani ſignificant, *d. l.* 1. Sed & ſi inter antiquos prudentes Sextus Ælius hoc jam definierat, Sabinianis tamen diſplicebat, adeoque Juliano, quem Sabinianum fuiſse conſtat: Sabiniani non patiebantur ſocio in re communi, quidquam inconſulto ſocio, licere. Necdum igitur apud omnes invaluerant illae Conſtitutiones, ut Juſtiniano viſum ſit neceſsarium, rem omnem plenius ſua Conſtitutione decidere, ut patet *d. l.* 1. *Cod. de com. ſerv. man.* Ex illo fonte, ex illa Sabinianorum opinione, manaverat & illud; Si duabus ſententiis idem homo pronunciatus eſset, una quidem liber, altera ſervus, duobus ſcilicet dominis, ſeparatis judiciis pro parte vindicantibus eum in ſervitutem, una ſententia dicta contra unum, altera ſecundum alium, ut ſententia pro libertate dicta, praejudicium non faceret ei domino, cujus pro parte ſervus pronunciatus eſset: quod tamen aliis Jureconſultis non placuit, iis nimirum quibus favorabilis magis libertatis cauſa viſa eſt, quorum ſententia perſtringitur in praeſcripta *leg.*30. hiſce verbis *commodius autem eſt favore libertatis &c.* Et veriſimile

veriſimile eſt Marcellum hoc aliquando adnotaſse ad Julianum, quem certum eſt ad eundem Julianum adnotaſse, ſocium cogi partem in ſervo communi ſocio manumittere volenti vendere, favore libertatis, *d.l.*1.*Cod.de com.ſerv. manumiſſ.*

Nunc, ut ad variationis Cujacianae diſpunctionem redeamus, & ſcopas Merillianas diſsolvamus. Quid intereſt (cum inter bonos bene agi conveniat) ſive dicamus clauſulam ac notam illam *commodius*, *&c.* Marcelli notam eſse, ſive Triboniani adjectionem ex Marcello? Et utique Cujacius cum Triboniano eam adtribuit, in ſupradicto Paratitlorum loco, non tamen omiſit Marcelli notas ad Julianum commemorare, laudato ſcilicet Juſtiniano, qui & eas laudaverat. Ibique addit Cujacius, *Et ejus notae partem (ut ſcio miſceri Juliani ſcriptis Marcelli notas, Marcelli nomine ſuppreſſo) opinor eſſe in l. Si ſervus* 18. *D.de Vulg. Eſt & haec Marcelli ſententia in l.domino* 16. *D.de SCto Silan.* Adverte porro quid contineat *d.l. Si ſervus* 18. in qua proponitur communis ſervus ab uno ex dominis filio ſubſtitutus. *Ratio*, inquit, *ſuggerit, ut ipſe pretium partis ſuae domino offerens &c.* Vide quid & *d. lex domino* 16. *Domino*, inquit, *a familia occiſo ſervus communis necem ejus detexit; favore libertatis liber quidem fieri debet, pretii autem partem ſocium conſequi oportet.* Ex his, non tantum Marcelli ſententia, ſed & illud apparet, laudatis a Cujacio his legibus eodem Paratitlorum loco, quo Tribonianum dixit Juſtiniani conſtitutionem ad ſpeciem *l. duobus* 30. traduxiſse, omnino ejus ſententiae auctorem ſenſiſse Marcellum.

## DISPUNCTIO XLVI.

An ſpecies *legis Id tempus* 14. *D. de uſucap.* referenda ſit ad longi temporis praeſcriptionem, an ad uſucapionem?

LEx eſt Pauli libro 13. ad Plautium. Textus eſt. *Id tempus venditionis prodeſt emtori, quo antequam venderet, poſſedit: nam ſi poſtea nactus eſt poſſeſſionem venditor, haec poſſeſſio emtori non proficiet. In re legata, in acceſſione temporis quo teſtator poſſedit, legatarius quodammodo quaſi haeres eſt.* Huic textui conjungendus eſt §.*Diutina* 12. *Inſt. de uſuc.* ubi Juſtinianus. *Diutina*, inquit, *poſſeſſio quae prodeſſe coeperat defuncto, & haeredi, & bo-*

*& bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat praedium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit, haeredi, & bonorum poſſeſſori licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra Conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continuentur. Inter venditorem quoque & emtorem, conjungi tempora Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

Sentio quod Merillius, *dictam l.*14. referendam eſſe ad uſucapionem: adeoque tempora complendae uſucapionis gratia. jam ante Juſtinianum conjungi ſolere inter emtorem & venditorem. Nec quidquam obloqui (quam pro ſua opinione Cujacius laudat.) *l.Si aedes* 32. §.*Libertas* 1. *D.de ſerv. urb.* utpote quae de acceſſione poſſeſſionis nihil contineat. Sed in variatione Cujacii, non aeque mihi cum Merillio convenit. Et quidem certum eſt Cujacium palam tradidiſſe, inter uſucapionem & longi temporis praeſcriptionem hanc fuiſſe differentiam, quod in hac, tempora inter emtorem & venditorem conjungerentur, non item in illa: An contrarium uſpiam docuerit? non video ſatis a Merillio probatum: nec poſſum non mirari fiduciam accuſatoris cum ſcribit, *Idem tamen Cujacius in l.*2. §.*emtori* 20. *D. pro emtore, ait. in uſucap. tempora conjungi inter venditorem & emtorem.* tantum enim abeſt, ut aliud ibi habeat Cujacius; quam in *d. l.*14. Quin quod ſe, ad ea quae ibi conſcripſerat, referat. Textus *legis* eſt in *d.* §. *emtori* 20. *Emtori tempus venditoris ad uſucapionem procedit.* Cujacius, *Haec*, inquit, *Tribonianus inſeruit ex Juſtiniani Conſtitutione, quod illa indicant quae nos ad l. Id tempus* 14. *ſup. tit. prox. conſcripſimus.* Non curo caeteros Poſtumorum locos in queis uſucapionem a praeſcriptione longi temporis hac in re non diſtinxit. ut nec Latini interpretes paſſim, & Graeci quoque, qui generaliter ita tradunt ἐπὶ τῆς χρονίας νομῆς καὶ ὁ χρόνος τοῦ προκλήτορος συμψηφίζεται. Harmenop. *lib.*2. *tit.*1. §.72. & *lib.*50. Baſilic. *tit.*11. Et Juſtinianus, cum Papinianum ſcripſiſſe ait, bonis vacantibus fiſco nondum nunciatis emtorem ex his aliquid uſucapere poſſe: *uſucapere*, ponit, pro longa poſſeſſione quaerere, arg. *l.*18. *D.de uſucap.* unde non poteſt dici Cujacius variaſſe. An paululum a via deflexiſſe videri poſſit? videamus. Doctrina Cujacii de temporum acceſſionibus & conjunctionibus haec fuit; In quibuſdam nec tamen in omnibus, ſeparandam eſſe uſucapionem a longi temporis poſſeſſione, tamque in hac, quam in illa,

jura

jura juribus ſucceſſiſſe. Et primo quidem aſſumit, tam in longi temporis poſſeſſione, quam in uſucapione, jam olim inter defunctum & haeredem conjungi tempora ſolere, non vero inter emtorem & venditorem: ſed hoc factum eſse reſcripto Severi & Antonini, idque Juſtinianum ad uſucapionem triennii traxiſſe, *dict.* §.*Diutina* 12. unde cenſet haec verba, *Quod noſtra conſtitutio*, loco mutata eſse, & reducenda ad *finem* §. id eſt, poſt verſiculum *Inter venditorem*. Quibus verbis multa perſtrinxit vir ſtupendae doctrinae. Nam cum ait Juſtinianum ad uſucapionem triennii, ſive rerum mobilium traxiſse reſcriptum Severi & Antonini, dixit ſatis: nec habuit neceſse addere quidquam de uſucapione rerum immobilium, quia producta uſucapione ex biennio in decennium. ſponte ad uſucapionem vis reſcripti quod erat in longa poſſeſſione, deſcendit. Et quod idem ſcripſit, tam in uſucapione, quam in longi temporis praeſcriptione continuari tempora in haeredes, eo ſpectat ut doceret (quod ipſe putabat) Juſtiniani Conſtitutionem pertinere ad conjunctionem temporum inter venditorem & emtorem, non etiam inter defunctum & haeredem, qui ſenſus eſt horum verborum *in prioribus notis Inſtit. tit. de Uſucap. ad verſic. Quod noſtra. Hic verſus ut puto reponendus eſt poſt* §.*Inter. Nam in ſua conſtitutione Juſtinianus haeredis aut teſtatoris nullam mentionem facit*. Quorum verborum ſententiam magnos clericos non omnino capere animadverti.

Enimvero ſalva auctoritate praeſtantiſſimi Cujacii mihi probabile videtur, longe ante Severum & Antoninum, uſu receptum fuiſse ut ſucceſsores ſingulares aeque, ac haeredes bonorumve poſseſsores, auctorum ſuorum acceſſione uterentur. Hoc cum docet Ulpianus ex Labeonis, & Pedii vetuſtiſſimorum Juriſconſultorum ſententia, in cauſa dandi atque inhibendi interdicti de itinere, *l.*3. *in pr.* & §.2. *D. de itinere actuque priv.* diſerte ſane ac perſpicue Venulejus ex Labeonis auctoritate in hoc ipſo argumento noſtro tradit *l. In uſucapione* 15. §. 2. *D. de diverſis temporalibus praeſcr.* Quid igitur, inquies, praeſtitit Juſtinianus, qui ſe jactat conſtituiſſe, *ut ſimiliter in uſucapionibus tempora continuentur*? Quid denique ſibi vult quod idem ait, *Inter venditorem, & emtorem conjungi tempora Severum & Antoninum reſcripſiſſe*. Haec ſibi, cur non objecerit ac diluerit Merillius, neſcio. Quid ad haec reſpondeam, certum habeo. Scilicet Juſtinia-

nus ſua illa Conſtitutione effecit, ut inter defunctum & haeredem aliumve juris ſucceſsorem, tempora continuarentur in uſucapione rerum mobilium, in haeredem, inquam, etiam non ignarum ejuſmodi res alienas eſse. Ante Juſtinianum, tempora continuabantur in uſucapione rerum immobilium: non etiam mobilium, putantibus veteribus furtum facere haeredem, qui ſciens rem mobilem alienam inciperet poſſidere. Atquin (ſcribit Cujacius) *In ſua conſtitutione Juſtinianus, haeredis aut teſtatoris nullam mentionem facit!* Bona verba quaeſo: ſui ipſius interpres Juſtinianus eſto. *Diutina*, inquit, *poſſeſſio quae prodeſſe coeperat defuncto, & haeredi, & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat praedium alienum eſſe*. Ecce loquitur de praeſcriptione longi temporis rei immobilis, nimirum de praedio; loquitur inter defunctum & haeredem, & hoc addit, *licet ſciat alienum eſſe*. Mox ſubjungit, *Quod ſi ille initium juſtum habuit, haeredi & bonorum poſſeſſori licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt*: quibus verbis innuit malam fidem defuncti nocere haeredi etiam ignaro rei alienae. Cui tractationi (quae tota eſt de teſtatore & haerede) cum ſubjiciat. *Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit*, *&c.* videtur ſatis innuere, id quod ſupra dixerat de teſtatore & haerede, de iiſdem ſe in dicta Conſtitutione ſenſiſſe, & produxiſse ad uſucapionem triennii, ſive rerum mobilium, ut ſine metu vitioſae contrectationis, haeres perinde uſucapionem impleat rei mobilis, conjunctis temporibus ſuae poſseſſionis (licet malae fidei) cum poſseſſione anteceſsoris ſui, atque impleret uſucapionem rei immobilis. Severi autem & Antonini reſcriptum puto commode accipi poſſe de uſucapione, ut merito verſiculum illum *Inter venditorem*, *&c.* Juſtinianus ſubjecerit conſequenter ei, quod de uſucapione dixerat ſe conſtituiſse. Si quis tamen praefracte cum Cujacio velit hoc referre ad longi temporis poſseſſionem, per me licet; & dicam non minus verſiculum illum *Inter venditorem*, videri in ſua ubi eſt ſede conſtitutum: nec diffitebor, reſcripta nonnunquam fieri de iis, quae jam conſtituta, vel uſu recepta ſint.

DIS-

## DISPUNCTIO XLVII.

An donator ex mora debeat uſuras, vel fructus rei donatae?

Paulus in *l.Neſennius* 41.*§.fundum* 1. *D.de re judicata.* ita loquitur. *Fundum quis donavit: ſi non reſtituat, ut quivis poſſeſſor damnandus eſt. Si autem fundum reſtituit, fructuum nomine, ſi non eos conſumſerit, in ſolidum condemnandus eſt: potuit enim non periclitari, ſi ſtatim reſtituiſſet. Si dolo deſiit poſſidere, in litem jurabitur, & tanti ſequetur condemnatio.*

Fingit Merillius diverſum a ſemetipſo Cujacium hac in quaeſtione: in qua proponenda, varius ípſe Merillius videri poſſit, qui priore loco eam quaeſtionem ita concipit, *An donator ex mora debeat uſuras, vel fructus rei donatae?* ſecundo vero loco; *An donator teneatur ad reſtitutionem fructuum, quos percepit poſt litem conteſtatam?* Quod ſi duas agitare quaeſtiones Merillius voluit; mirum, cur in epigraphe capitis non conjunxerit utramque, quam ſubinde ordinatius (videlicet pro more ſuo) repeteret. Proponit autem donatarium in donatorem egiſſe actione in perſonam, & condemnatum fuiſſe donatorem fundum reſtituere. Quaeritur, inquit, an etiam teneatur ad reſtitutionem fructuum, quos ex fundo donato poſt litem conteſtatam perceperit? Et ait Cujacium lib.14. Quaeſt. Pauli dicere donatorem ex mora neque fructus, neque uſuras debere: aliter vero in *l.*63. *D. de reg. jur.* lib.17. D. Juliani. Quaero in quo aliter? Nimirum, inquit Merillius, diviſit uſuras a fructibus: & dixit donatorem debere ſaltem fructus extantes. An aliud ſenſit illo loco lib.14. Quaeſt. Pauli ad *hanc l.*41.? Quis credat? τοῦτο μὴ οὐδὲ Κάτωνος λέγοντος πιθανὸν ἐςὶν. En locum ipſum. *Vel ſi reſtituat fundum, etiam fructuum nomine in ſolidum eſt condemnandus, ſi eos non conſumſerit: ergo fructuum tantum extantium nomine.* Qui ita diſerte loquitur. *Ergo fructuum tantum extantium nomine*, an alio ore tibi loqui videtur, Merilli, ac qui dixit donatorem debere ſaltem fructus extantes reſtituere. Neſcio quis nugas iſtas, non dolos cenſeat indigniſſimos, ne dicam turpiſſimos.

Sed quis non miretur tanti aevi, tantaeque ſcriptionis Juriſconſultum Merillium *ad hanc l.*41. *§.ult. D.de re jud.* ponere ſpe-

ciem

ciem in actione in perſonam? quaſi donatarius in donatorem ad praeſtandum fundum ex ſtipulatione egerit: cum verba legis, undequaque vindicationem perſonent, haec nimirum, *Si non reſtituat*, & haec, *ut quivis poſſeſſor damnandus eſt*, iterum iſta, *Si autem fundum reſtituit*, & denique illa, *Si dolo deſiit poſſidere*, *in litem jurabitur*. Mirum ſane eum, qui ex Cujacio multa quae ſunt optima, ſtudioſe colligit, iiſdem ipſis locis ubi eum carpere non dubitat, non capere maxime quae prae caeteris neceſſaria ſunt.

## DISPUNCTIO XLVIII.

De interpretatione *legis In judicati 61. D. de re judicata*.

JUlianus ait. *In judicati actione, non prius ratio haberi debet ejus, cui prior reus condemnatus fuerit*.

Incredibilem quandam laetitiae voluptatem, ut in *hoc caput* incidi, ſenſi, Merillium ratus, qui diſſidia jam olim Fornerii ac Cujacii probe noſſet, depromturum hic quidquid de actione judicati reconditioris juriſprudentiae haberet. Nam ut militaribus hominibus jucundum eſt in arcis alicujus obſidione, egregiorum ducum obſervare labores, ita Merillii nominatiſſimi Juriconſulti operam in materia difficili, nec vulgari, non vulgarem deprehendere, mihi ſane pergratum fuiſſet.

Lex ait, *In judicati actione &c.* Quid eſt actio judicati? Eſt actio ſecunda, qua victor adverſus victum exequitur rem judicatam, & ad finem perducit. Quid inquies, Poſt actionem in judicium delatam, & rem ſententia finitam, an actio datur ſecunda, qua iterum lis ex lite fiat, & obligatio veluti ex obligatione naſcatur? Dico vero, actionem hanc ſecundam inſtitui, non litis ordinandae, ſed exequendae ſententiae gratia: & quamvis obligatio ſit ex obligatione, nimirum ex re judicata, tollendae tamen omnis obligationis cauſa ad ultimam hanc actionem perveniri. Itaque poſt dictam a judice dato ſententiam, aditur Magiſtratus qui judicem dederat, atque ab eo petitur, ut ſententia adverſus Titium data executioni demandetur, adeoque ut apparitores jubeat pignora debitoris condemnati capere victoris nomine, atque ea diſtrahere, ut ex pecunia redacta ex pignorum venditione,

ne, creditor idemque victor repleatur, *l.Praeſes* 27.*in fin. D. de re jud. l. Si pignora* 50. *D. de Evict.* Magiſtratus autem partes ſunt, pronuntiare debitorem condemnatum recte teneri ea ſententia quae adverſus eum dicta eſt, & jubere res ejus ab apparitoribus ſive executoribus pignori capi, mobiles quidem primum, & deinceps quae ſoli ſunt, *l. A divo Pio* 15. §.2. *l.*31. *eod.tit. de re jud.l.*1. *Cod.de execut.rei jud.* Cauſas autem cognitionis quaſdam haec ſententia deſiderat, de quibus ſummatim Magiſtratus cognoſcit, veluti An competat actio ei qui agit judicati, an ei deneganda ſit? *l.*24. *D.de noxalib. act. l.*6. §.*pen. D.Quod cujuſcunque univerſ.* Item ſi condemnatus dicat in ſolidum exigi ſe minime debere, *d.l.*31. *l.*18. & *l.*41. *eod. tit. de re jud.* Item ſi diverſae ſententiae proponantur, *l.*28. & 38. *eodem tit.* ut in ſpecie *legis Duobus* 30. *D.de liberali cauſa.* de qua diximus ſup. *diſp.*45. Item ſi nondum effluxerint dies juſti, *l.*7. & 29. *D.de re jud.* Si pignora capta ſint, quae capi minime debuiſſe dicat debitor, ut ſtipendia & commoda praemiorum, *l.*4. *Cod.de exec. rei jud. l.*40. *D. de re jud.* ſi ſententia ipſo jure nulla dicatur, *l.*6. *D.de feriis.* Si furioſo dicta ſit, *l.*9. *D.de re jud.* Si ſententia contra plures indiſtincte lata ſit, ut ex ſua tantum perſona quis conveniatur, *l.*43. *eod. tit.* Item ſi ante eum qui judicati hodie agit, alius debitorem communem prius condemnaverit, hoc ipſum quandam cognitionis cauſam exigere videtur ut finge, Maevius Titium condemnavit, deinde Sejus: at Sejus in cauſa judicati praevenit Maevium, hoc eſt, Seji nomine pignora Titii communis debitoris capta ſunt. An Sejus potior erit, an Maevius cui priore loco Titius condemnatus eſt. Hanc Merillius exiſtimat quaeſtionem eſſe *d. legis In judicati actione* 61. Ego vero magis elegantem exiſtimo dubitationem eſſe, ſi ponamus utrumque creditorem, vel in capiendis per apparitores pignoribus, vel in ipſa judicati actione, dum petunt per apparitores pignora capi, concurrere: Maevium autem, anterioris temporis ſententia fretum petere ut ante ſui ratio habeatur, ut qui non vincatur diligentia adverſarii, ſed qui ipſe eum vincat anterioris ſcilicet ſententiae praerogativa. Quae ſane ratio colorem habet: rejecta tamen eſt a Juliano, qui in actione judicati non putavit anterioris ſententiae rationem habendam eſſe. *In judicati actione*, inquit, *non prius ratio haberi debet ejus cui prior reus condemnatus fuerit.* Tacita decidendi ratio

ratio eſt, quod ſententia lata ſive dicta de re in judicium deducta eo tantum pertinet, ut per eam jus actoris declaretur, an creditor ſit, an dominus; an reus debeat, an praeſtare quid vel reſtituere teneatur, quod recuperatores ſententia ſua definiunt, qua victori nullum jus tribuunt in bonis condemnati; Caeterum ut expediatur ſolutio, utque reſtitutio fiat, adeoque ut bona condemnati poſſideantur, vel ejus pignora capiantur, hoc poſtea fit extra ordinem imperio magiſtratus, quo jubente pignora capi, vel permittente poſſeſſionem bonorum, jam incipit victor in victi bonis aliquod jus habere, & hoc extremum juriſdictionis eſſe dicitur, *l.unic.* §.1. *D.Si quis jus dic. non obtemp.* jus autem illud perficitur occupatione pignorum, vel ingreſſu poſſeſſionis, *l.*26. *D. de pign. act.* nam in vicem juſtae obligationis ſuccedit veluti ex cauſa contractus auctoritas jubentis, *l.*1. *Cod. Si in cauſa judicati pign. capt. ſit.* Simile eſt pignus judiciale conventionali, & ſimilem exitum habet. ἔοικε τῷ ἀπὸ συμφώνου ἐνεχύρῳ καὶ ὁμοίαν τάξιν ἐπέχει. Non ſufficit capi pignus, & privata creditoris auctoritate detineri, *l.qui ratiario* 30. *D. de pig. act.* ſed oportet illud capi juſſu ejus, qui jubere potuit poſt ſententiam jure dictam: & ex pluribus creditoribus potior eſt is, in cujus perſona conſtitutum eſt, *l.Si & jure* 10. *D. qui pot. in pig.* Ergo ut in conventionali pignore, non utique potior eſt creditor, cui prius debitor obligatus eſt, ſed is cui priore loco pignus datum eſt, ita in judiciali non habetur ejus ratio cui prius condemnatus eſt reus, *hac d. l.*61. *D. de re jud.*

Verum ei *l.*61. objiciunt, *l.Inter* 19. *eod. tit. Inter eos quibus ex eadem cauſa debetur, occupantis melior conditio eſt: nec deducitur quod ejuſdem conditionis hominibus debetur, ſicuti fit in de peculio actione, nam & hic occupantis melior eſt cauſa.* Occupantis, id eſt, ejus qui prior ad ſententiam pervenit. Ergo in judiciali pignore ratio habetur ejus, cui prior reus condemnatus fuerit.

Merillius *d. l.*19. ita exaudiendam eſſe cenſet, ut melior ſit conditio ejus qui prior ad ſententiam pervenerit, & eam executus fuerit; itaque accipit eam de cauſa judicati. Fornerius *lib.*1. *Select. cap.*18. pariter accipit eam de executione ſententiae, quae ſolutione conſummatur. *Occupare*, inquit, *dicitur qui in executione judicati reliquos quibus ex eadem cauſa debetur vicerit, etſi*

*forte*

*forte poſteriore loco ſententiam obtinuerit : quamvis enim in pignore judiciali, id eſt, in cauſam rei judicatae capto, aequa ſit omnium creditorum conditio, nec in actione judicati potior ſit is qui prior vicit, tamen in executione, meliore loco eſt diligentia ejus, qui caeteros praevenerit occupatione diſtractioneque pignorum, conſummata ſcilicet omnis jam res eſt*. Non ego cenſeo quod illi, *d.l.*19. *D.de re judic.* eſſe de actione judicati ſimpliciter; Imo, dico eam eſſe de aeſtimatione bonorum, in quae agit actor ille, qui ejuſmodi eſt, ut non ſemper ſolidum conſequatur, veluti ſi agat in peculium, ſive de peculio: vel ſi agat adverſus exceptas perſonas, veluti parentes, patronos, ſocios, qui non condemnantur, niſi quatenus patiuntur eorum facultates: ſcilicet inſpicitur tempus, non inſtitutae actionis, non litis conteſtatae, ſed ſententiae dictae; ut ſi creditor ſervi filiive familias egerit in peculium, ſpectatur quantitas peculii quae fuit tempore ſententiae, ſive peculium creverit, ſive decreverit, nec habetur ratio caeterorum creditorum, quibus ex ſimili cauſa, id eſt, ex cauſa peculiari debetur; ſpectatur tempus ſententiae, & judicati actio in tantam pecuniam competit, in quantam condemnatio facta eſt, *l.Sed ſi damnum* 9.§.*ult.*juncta *l.ſeq.D.de pecul.* Finge ergo; ſociis duobus Primo & Secundo, Tertius, qui ſocius aeque fuerat totorum bonorum, dena debebat, Primus priore loco egit, & litem conteſtatus eſt; Egit ſecundo loco Secundus, debitoremque condemnavit: & (quod obſervandum) tempore condemnationis utique ſufficiebant Tertii facultates credito Secundi. Quaeſitum eſt an deduci deberet ſumma quae Primo debebatur? Reſponſum eſt non eſſe deducendam. Movebat, quod cum ex ſimili cauſa deberetur, par ejus conditio eſſe debebat. At ratio in contrarium fuit, quod cum ſpectetur tempus condemnationis, ut quis cui damnetur pro modo & ratione facultatum ſuarum, ſententiae in ſingulis creditorum cauſis prolatae conſiderantur ſeorſim. Itaque melior erit conditio ejus qui priore loco ſententiam obtinuerit. Idemque erit, ſi ex pluribus libertis unus antevertit patronum condemnare: non tamen erit idem, ſi ex pluribus donatariis unus donatorem condemnaverit, aes enim alienum deducetur, *d.l.Inter* 19. *cum tribus praeced. D.de re jud.*

Si quaeras uſum & effectum hujus rei: dico hunc eſſe. Quod futurum ſit ut Tertius Primo in nihilum condemnetur, ſi aeſtimatione facta bonorum ac facultatum ejus ex tempore ſententiae

inter eos dictae, appareat nihil eum in bonis habere. Utar & exemplo peculii; Pater Titii filiifamiliae. Maevio in centum condemnatus eſt, cum eſſet peculium centum & viginti: Deinceps egit Sejus in eundem patrem. Quatenus eum condemnabit? Certe in viginti: quia in peculio non plus eſſe intelligitur: coepit enim pater judicati teneri in centum, *d.l.*9. §.*ult. D.de pecul.* Eo reſpicit *d.l.Inter eos* 19. quae proinde longe diverſam ſpeciem habet a *l.*61. *eod. tit. de re jud.* In hac enim agitur de praerogativa diligentioris creditoris non in condemnando, ſed in exequendo, in illa vero, id eſt, in *d.l.*19. agitur de quantitate condemnationis inter creditores, quibus ex ſimili cauſa debebatur. Porro ſi quaeras, is qui ſententiam in viginti, poſteriore loco reportavit, ſi occoeperit judicati agere, ejuſque nomine pignora capta ſint, an potior futurus ſit eo, qui prior ad ſententiam pervenerit? Reſpondeo id ita eſſe: hancque ſententiam confirmari arg. *legis Si & jure* 10. *Qui potiores in pign.* quae nihil ad *d.l.*19. pertinet, cum ait. *Si & jure judicatum, & pignus in cauſa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, captum eſt, privilegiis temporis fore potiorem haeredem ejus, in cujus perſona pignus conſtitutum eſt.* Senſus eſt, conſtituto pignore judiciali (conſtituitur autem cum per apparitorem capitur jubente Magiſtratu poſt ſententiam rite datam) juvari haeredem creditoris, & potiorem eſſe alio quolibet creditore, licet nondum ejuſmodi pignus ſit diſtractum. Scilicet & defunctus ſi viveret potior ipſe eſſet privilegio temporis. Alia cauſa eſt pignoris judicialis, alia pignoris Praetorii quod conſtituitur miſſione in poſſeſſionem ex Edicto, bonis poſſeſſis ex Edicto, haec miſſio prodeſt omnibus, & fit in omnia bona καθ᾽ ὅλου τῶν δανειστῶν νομὴ, pignus vero judiciale ſoli creditori proficit qui ſibi vigilavit: certa perſona eſt ejus qui judicati actione tenetur, *l.*4. *D.de re jud.* certa quoque ejus cui judicatum fieri deſideratur. *l.*15. §. *Sed ſi emtor* 7. *eod. tit.* Itaque recta non eſt interpretatio Fornerii ad *d. l.qui potiores* 10. dum eam accipit de pignore conventionali, quem ob id, tacito tamen ejus nomine, Cujacius reprehendit merito, *lib.*9. *Obſervation.cap.*37. Satis autem ipſa *lex* 18. prodit ſe, cum has conditiones exigit, *Si & jure judicatum eſt, &c.* tractare de pignore judiciali, congruitque cum *l.*1. *Cod.Si in cauſa judicati pig. captum ſit*, ut poſt praeſcriptas illas conditiones (quae in ſolo judiciali pignore poſſunt eſſe)

inci-

incivile ſit eam accipere de pignore conventionali: quomodo ſi certa lege quis amicum ad coenam opiparam invitet, illiberaliter prorſus fecerit, ſi eum mox ac legi paruerit, excludat. Sane ſi in *dicta l.*10. pro his verbis *ſi & jure*, legeretur, *Et ſi jure*; rectiſſima eſſet Fornerii obſervatio, ut acciperetur illa *lex* 10. de pignore conventionali. Stat vero ſententia *d. legis*, ut ſcripta eſt, qua edocemur haeredem ſuccedere in cauſam pignoris judicialis, quod antea conſtitutum ſit in perſona defuncti. Et vero certum eſt non tantum in cauſa pignoris conventionalis, ſed etiam Praetorii & judicialis, jure ſemper potiorem eſſe, qui tempore anteceſſerit, *l.*2. 3. & 4. *Cod. Qui pot. hab.* Et quamvis in Gallia conſuetudinaria res mobiles pignorum perſecutionem non patiantur, judiciale tamen pignus admittunt, & temporis praerogativam, ut *Conſuetud. Pariſ. Articulo* 178.

Cujacius autem ſupra dicto *lib.*9. *Obſerv. cap.*37. negat adverſari *d. legem Si & jure* 10. *D. qui pot. dictae l. inter* 19. *D. de re jud.* & utramque hoc velle ſcribit, potiorem eſſe creditorem qui occupavit agere judicati, pignuſve capere in cauſam judicati, non qui prior ſententiam conſecutus ſit. Nec vero alibi ſaſſus eſt adverſari. Merillius tamen incuſat eum, quod *in recit. ad d. l.*61. *D. de re jud.* lib.45. D. Jul. admodum placere ſibi dixerit, quod Graeci in *d. l.*61. negationem detraxerint. Sed illud *admodum*, non eſt omnino acquieſcere, ſed pro tempore. Denique ille locus, (utpote ex poſterioribus) non fuit prioribus opponendus.

## DISPUNCTIO XLIX.

### An eadem ſit condictio quae datur ex mutuo, & quae datur ex promutuo?

Gajus in *l.*5. §. *Is quoque* 3. *D. de oblgat. & act. Is quoque, qui non debitum accipit per errorem ſolventis, obligatur quidem quaſi ex mutui datione, & eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus.*

Quid hic (Deus bone) peccavit Cujacius? Nimirum, inquit Merillius, ad *d. l.*5. Scilicet *in Operib. poſt.* Dixit eum qui indebitum accepit, teneri eadem actione, ac qui mutuum accipit,



Digitized by Google

non quae ſit eadem ſpecie, ſed genere. Agnoſco loquentiam: tenetur eadem actione non ſpecie quidem prorſus, ſed genere eadem. Quid inde? At *lib.*8. *Obſervat. cap.*34. ſcripſit teneri eadem actione, nec diſtinxit an eadem genere vel ſpecie: ergo variavit. Quid iſtuc peritiae Logicae artis? Nego Merilli, hoc ſequi, niſi rei intellectu in diverſum coacto, ut Quintilianus ait. Imo, probe magis inferam ita: non diſtinxit; ergo non variavit. Et hoc ſimile vero eſt, ſubintellixiſſe Cujacium, quia *dicto Obſervationum loco* non ſimilitudines tantum, ſed etiam diſſimilitudines mutui & promutui notavit, quod faciunt qui generis & ſpeciei *ἀνάλυσιν* tradunt, dum quaerunt diſſimilitudinum ſimilitudines, & ſimilitudinum diſſimilitudines. Dixit condictionem ex promutuo dari ex bono & aequo tantum, non ex contractu: indebiti enim ſolutionem diſtractam eſse, & ideo actionem ex promutuo non dari, niſi in id quo locupletior factus eſſet qui indebitum accepit, *l.*8. §.22. *D. de tranſact.* Dixit & in ignorantem non dari, ut ſi hominem indebite ſolutum ignorans manumiſerit, *l. In ſumma* 65. §.*pen. D. de cond. ind.* Qui differentias notavit, non tibi videtur ſpecies diſtinxiſſe? Ergo ubique ſenſit Cujacius (contra Merillium) actionem mutui ac promutui eandem eſſe genere quidem, non vero ſpecie. Et recte quidem, & ex Philoſophorum arte, qui ſpecies a ſpeciebus norunt dividere ex differentiis ſingularum: invicem autem conjungere per convenientiam generis. Ita plane differt actio tutelae ſubſidiaria quae in magiſtratum datur, ab actione tutelae quae contra tutorem competit, quae tamen eadem dicitur, *l.ult. D.de Magiſtratibus conv.* Braſſica eſt omne genus braſſicae: at quae flore, caule, odore, guſtu, vel quo alio differunt, genere etſi conveniant, ac nomine, ſpecie tamen o Merilli, differunt.

## DISPUNCTIO L.

De interpretatione *legis Actio* 28. *D. de oblig. & act.*

PApinianus lib. 1. Definitionum. *Actio*, inquit, *in perſonam infertur, petitio in rem, perſecutio in rem vel in perſonam, rei perſequendae gratia.*

Quae-

Quaeſtio eſt, an abundent haec verba, *rei perſequendae gratia*? Breviter, nec minus vere dici poteſt, admodum ſuperflua haec verba eſſe videri, ſi Papiniani definitio generaliter accipiatur, & ad certam ſpeciem non referatur: contra, ſi ad caſum certum inflectatur, puta ad tractatum de perſecutionibus quatenus adverſus defunctum, & adverſus haeredem, vel bonorum poſſeſſorem competunt, dici poteſt, non videri ſuperflua. Et ita Cujacius *in Recit.ad d.l.*28. Papinianum dixit, videri ſimpliciter ſcripſiſſe, actionem proprie eſſe in perſonam, petitionem vero eſſe actionem in rem, perſecutionem denique eſſe commune nomen actionis & petitionis, perſecutionem dici, tam in rem, quam in perſonam: & conſequenter, quae poenae perſequendae gratia eſt actio, perſecutionem eſſe. Et hoc ſenſu videri abundare haec verba *rei perſequendae gratia*. Alio vero loco, id eſt, *Obſerv.lib.*22. *cap.*21. idem Cujacius poſse eſse dixit, ut Papinianus lib. 1. Definitionum (unde ſumta eſt illa regula) cum propoſuiſſet veterem illam regulam, *Qua de re actio, petitio, perſecutio adverſus defunctum fuerit, & adverſus ejus haeredem eſſe, &c.* eam interpretatus ſit, ut diceret accipiendam eſse de actione, petitione, perſecutione quae rem perſequitur, non poenam, & hoc ſenſu non abundare ſupra dicta verba *rei perſequendae gratia*. Hoc appellat Merillius variare: puto ego, hoc eſse, rem accurate explicare.

## DISPUNCTIO LI.

### An fidejuſsor acceptus in majorem ſummam, quam reus principalis debeat, nullo modo vel ad ſummam debitam obligetur?

Ulpianus in *l. Graece* 8. §. *Illud* 7. *D. de fidejuſs. Illud commune eſt in univerſis qui pro aliis obligantur, quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit eos omnino non obligari.*

Vetus quaeſtio, quae nos etiamnum exercet hodie! Scripſit Cujacius (inquit Merillius) *in poſterioribus notis Inſt. tit. de fidejuſs.* magis eſse ut fidejuſsor, qui acceptus eſt in majorem ſummam, quam reus principalis, ſaltem teneatur in debitam a reo ſummam, arg. *legis Si a reo* 70. *D. de fidejuſs.* Legenda & perlegenda

genda ſunt verba Magiſtri, ne nos fugiant, vel etiam decipiant. Si reus (inquit Cujacius) decem aureos promiſerit, fidejuſſor in quinque recte obligatur: Contra vero obligari non poteſt, in majorem ſummam ſcilicet, in debitam enim ſummam obligari magis eſt. Variavit (inquit Merillius) utpote qui in *Recitationib.ad lib.9. Reſp.Pap. in l.pecuniae 9. D. de uſur.* probat ex *l.8. D. de fidejuſſoribus*. fidejuſſorem qui promiſit quindecim pro debitore obligato in decem, nulla ex parte teneri.

Dico ſupra ſcripta Cujacii verba *ad tit. Inſt. de fidejuſſ.* quibus ait magis eſſe, in debitam ſummam fidejuſſorem obligari, deſiderare ſpeciem certam: hanc ſcilicet, ſi ponamus reum debere x. fidejuſſorem interrogatum eſſe in eandem quantitatem, id eſt, in x. porro fidejuſſorem reſpondiſſe ſe daturum xx. Ita ipſe Cujacius in *l. Rogatus 33. D. Mandati* ad lib. 4. Juliani ex Minicio. (quem locum retulit Merillius nec ſatis attendiſſe videtur) *Ex hoc loco* (inquit Cujacius) *per quam evidenter apparet, quod dicitur in d. §. Illud 7. fidejuſſorem qui ſe obligavit in duriorem cauſam omnino non obligari ſic eſſe accipiendum, ut omnino non obligetur quatenus ſe obligavit, ſed quatenus duntaxat rogatus eſt.* Liceat hoc ſepties repetere, ut placeat aut ſaltem retineatur.

Sed & ſi ſtricto jure rem aeſtimet: nihilo magis argumentis Merillianis tenebitur. Non *l.33. D. Mandati.* in qua, non quatenus obligetur fidejuſſor, quaeritur, ſed quatenus mandati actionem habeat, qui rogatus de minori ſumma, majorem ſpoponderat, qui quidem dicitur mandati actionem habere quatenus rogatus ſit. Non *l.11. §.1. D. de conſtituta pec.* Nam dici poteſt errore plus conſtitutum quam debitum eſſet, proinde non tenere conſtitutum in quo erratum eſt, tenere autem quatenus erratum non eſt, quia ibi conſenſus non eſt, ubi error eſt: & econtra ibi error non eſt, ubi conſenſus eſt, *l.4. §. ult. D. Si quis caut.* Porro conſtituta non quemadmodum ſtipulationes ex ſtricto jure, ſed ex conſenſu valent, *l.1. in pr. D. de conſtit. pec.* Non obſtabit etiam quod dicitur in majori ſumma minorem ineſſe, & utile per inutile non vitiari, *l.1. §. Si ſtipulanti 4. D. de verbor. obligat.* Etenim in ſpecie *§. Illud 7. d. l. Graece 8.* creditor qui reum habebat in x. fidejuſſorem interrogavit in xx. & fidejuſſor ſpopondit xx. ſicque non occurrit comparatio minoris ſummae cum majori. Nec aliud hac in ſpecie efficiet illa regula, *utile per inutile &c.* quam obligatio-

gationem rei non vitiari propter vitioſam obligationem fidejuſſoris. Itaque fatendum eſt fidejuſſorem qui ſe in plus obligavit, nullo modo obligari : & ea verba *omnino non obligari* metatheſim reſpuere, nec debere ita converti *non omnino*, hocque voluiſſe Graecos, qui (omnino non) recte verterunt ὐδὲ ὅλως, quod & ipſum recte reddidit Cujacius, *nullo modo*, Merillius perperam *non omnino*, teſte Graecorum eruditiſſimo Euſtathio, in illud Homeri *Iliad.* ἰωτα ὐδέ τι πάμπαν ἀμύνειν νηυσὶ θοῆσι *fol.*761. τὸ δὲ ὐδέ τι πάμπαν, inquit, ἴσον ἐςὶ τῷ ὐδαμῶς, ὐδ᾽ ὅλως.

## DISPUNCTIO LII.

An *Lex* 12. *D. de Muneribus & honoribus*, intelligenda ſit de collatione, vel de cura viae publicae muniendae?

Munerum civilium alia ſunt perſonalia, alia patrimonialia, alia mixta. *Perſonalia ſunt, quae animi proviſione, & corporalis laboris intentione, ſine aliquo gerentis detrimento perpetrantur, ut tutela, vel cura*. Ex hac Arcadii Chariſii definitione intelligimus, quamlibet curam atque ſollicitudinem publice injunctam, circa rem pertinentem ad civitatis adminiſtrationem, utilitatemque publicam, perſonale munus eſſe, ſi ex reditibus civitatis curatori pecunia ſubminiſtratur, ut non de ſuo faciat ſumtum : adeoque munitionem viarum, ſi qui huic rei praefectus eſt, de ſuo in hoc munus conferat nihil, *l. ult. uſque ad* §. 18. *D. de mun. Patrimonialia ſunt, quae ſumtibus patrimonii, & damnis adminiſtrantis expediuntur* : & quaedam ex his dicuntur munera poſſeſſionis, quia hoc genus collationis poſſeſſionibus indicitur, non habita ratione an poſſeſſores municipes ſint, & incolae. *Mixta denique ſunt, quae corporale miniſterium habent, & non ſine detrimento gerentis adminiſtrantur, qualia ſunt munera decaprotiae & icoſaprotiae : nam decaproti & icoſaproti, tributa exigente defectorum fiſcalia detrimenta reſarciunt, d. l. ult. a* §.17. *uſque ad* 28. ubi pro eo quod in Florentinis legitur *defunctorum*, legendum *defectorum*, quia defectorum detrimenta decaproti ſarciebant, *Ils faiſoient bons les nonvaloirs ou les nonvaleurs*. Hi erant ſimiles iſtis quos novitas per imitationem quandam vocitat *les cocqs de Paroiſſe*. Ejuſmodi detrimenta aequiſſima ſua

con-

Digitized by Google

conſtitutione anni 1543. Franciſcus I. noluit in privatum quenquam rejici; quae tamen Graeci juniores Imperatores Nicephorus Logotheta, & Baſilius Porphyrogeneta, rejicienda in ditiores ſanxerant, idque onus ἀλληλέγγυον appellabant, ut apud Cedrenum & Zonaram *lib.3. Annal.* videre eſt. His ita praelibatis videamus de *l.12. D.de muneribus.* Jabolenus lib.6. ex Caſſio.

*Cui muneris publici vacatio datur, non remittitur ei, ne Magiſtratus fiat, quia id ad honorem magis quam ad munera pertinet. Caetera omnia quae ad tempus extra ordinem exiguntur, veluti munitio viarum, ab hujuſmodi perſona exigenda non ſunt.*

Contendit *hoc capite* Merillius, Cujacium variaſſe in exponenda *d. l.12.* quod haec verba *munitio viarum* modo pro munere perſonali, modo pro munere patrimoniali habuerit. Dubitationis eſt, inquit Merillius, (meminerit ſuae dubitationis) An quod ſubjicit Jabolenus de munitione viarum, referendum ſit ad collationem viae, vel ad curam. Cura munus eſt perſonale, collatio, patrimoniale. Aſſumit autem Merillius Cujacium, *lib.5. Sentent.* Pauli *hanc l.12.* intellexiſse de collatione viae, ſeu de munere patrimoniali: alibi vero aliter, nimirum ad *l.6. D.de vacat. & excuſ. mun. & ad l.8. §.qui 3. eod.tit.*

Quid ſi ad *lib.5.Sentent.* Pauli *munitionem* Cujacius non accepit eo ſenſu, quo putat Merillius? Textus quidem Pauli ſubobſcurus eſt, nec Cujacii ſententia omnino plana atque aperta, Paulus ait *tit.6. §.2. Ut interdictum, ita & actio proponitur. Ne quis via publica aliquem prohibeat, cujus rei ſollicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum munitione nemo exceptus eſt.* Haec verba, *a quarum munitione* ambigua non immerito videri poſsint, nam poſsunt hoc ſignificare a collatione viarum, neminem qui praedia habeat ſecundum vias publicas, immunem eſſe, poſſunt & aliud: nimirum, curandae viae munus detrectare neminem poſse. Quidni? Hermogenianus munitionem viae ponit hoc ſignificatu, pro cura ſcilicet muniendae viae, *l.1.§.2. D. de munerib.* Nec diffiteri poteſt Merillius, qui dubitationem adfingit ipſe in *d. l.12.* de ejuſdem verbi acceptione. Potuit & Paulus dum ſcripſit neminem exceptum eſſe a munitione viae, hoc intelligere, a cura viae muniendae. Potuit igitur & Cujacius eodem ſignificatu accipere, cum notavit neminem exceptum eſſe a viarum munitione, niſi qui muneris publici vacationem impetravit.

verba

verba ejus ſunt, *Hujus rei cura mandata eſt Viocuris ſeu curatoribus viarum, a quarum munitione nemo excuſatur, niſi qui muneris publici vacationem impetravit.* *l. cui muneris* 12. *D. de munerib.* Hoc ſi ita eſt; ut tam eſſe poteſt, quam quod gratis opinatur Merillius: quo tandem abit levis illa alieni dicti interpretatio?

## DISPUNCTIO LIII.

De verbo *Deteſtationis*, in *l.* 40. *D. de verb. ſignif.*

Verbi *deteſtationis*, varia eſt ſignificatio, vel certe una quae variis caſibus aptari poteſt. Nam deteſtari eſt denuntiare non tantum praeſenti, ſed etiam abſenti. In *l.*39.*D.de verb.ſignif.* Paulus cum ſignificationem tradit horum verborum *Subſignatum*, *Bona*, *Deteſtari*, & *Incertus poſſeſſor*: *Deteſtari*, inquit, *eſt abſenti denuntiare*. Sequitur ex Ulpiano in *l.*40. *Deteſtatio eſt denunciatio facta cum teſtatione*. Sumta eſt *d. lex* 40. ex Ulpiani lib.56. ad Edictum. ubi interpretatus eſt Edictum de vi bonorum raptorum, quo loco & quid *Deteſtatio* eſſet, oportuit eum explicare, eo quod vim facere videatur, qui contra deteſtationem aliquid faciat, *l.*1. §.7. *D. Quod vi aut clam*, quod monuit obiter Cujacius *ad lib.*5 *Sentent.* Pauli *tit.*6. *de interd.* §.*non tantum* 3. Diximus verbum *deteſtationis* olim aptari ſolere ſacris familiae. Certum eſt enim calatis comitiis, & teſtamenta, & ſacrorum deteſtationem primis temporibus fieri, auctore Gellio *lib.*15.*cap.*27. Haec cum meminiſſet Cujacius in enarranda *d.l.*39.*de verb.ſignif.* docebat Paulum his verbis *Deteſtari eſt abſenti denuntiare* hoc voluiſse, deteſtari eſse abſenti teſtato denuntiare & prodere ſacra, ut ea ſuſcipiat & faciat, quod ſit haeres defuncti, vel quod ex legato tantam partem habeat, quantam omnes haeredes, vel quod de bonis defuncti uſuceperit plurimum: ut eſt apud Tullium *lib.*2. *De Legib.*

Quid iſtic variationis? Nonne eodem illo loco ad *dict. l.*40. *D. de verb.ſignif.* vir emunctiſsimae naris ſeparavit *l.*39. a *d.l.*40. *dicto tit. de verb.ſignif.* id eſt, Pauli tractationem ab argumento Ulpiani? *Ad eandem*, inquit, *partem juris Pontificii de ſacris deteſtandis, poſſet referri initium legis* 40. *ubi eodem modo definitur.*

*Propius tamen eſt, ut oſtendi in Pauli Sententiis, ut referamus totam l.40. ad Edictum vi bonorum rapt.* Quare igitur Merillius Cujacium in Sententiis Pauli, opponit Cujacio, in *d.l.39.* Ex his apparet inutilem eſse, & *in hoc extremo capite* operam, irritumque conamen Merillii, adnotantis fruſtra, deteſtationem in *d.l.40.* non pro ſacrorum deteſtatione, ſed pro qualibet denuntiatione, poni: quod extra controverſiam fuit. Nec ſiquidem Ulpianus, aut Paulus dicatur deteſtationem hoc ſignificatu explicaſse, reprehendendum eſt: Quaſi vero antiquitatis etiam exoletae veſtigia apud juris auctores eſse non potuerint ulla? cum Juſtinianus, ut antiquitatis penitus nihil ignoraretur, ex fontibus ejus multa ad ſtudioſorum commodum putaverit deducenda.

*FINIS.*

INDEX.

Digitized by Google

# INDEX

## RERUM ET VERBORUM

*Simul & quarundam Legum, quae hiſce* Diſpunctionibus LIII. *continentur, & aliqua ex parte exponuntur.*

## A

ACceſſiones temporum in uſucapionibus, & longi temporis praeſcriptionibus. 177
Accreſcendi ius an & quatenus ſublatum L. Papia. Et de jure Accreſcendi obiter. 159
Inter verbis conjunctos non eſt jus Accreſcendi. *ibid.*
Inter re & verbis conjunctos aliquando non eſt jus Accreſcendi. 160
Actiones ab actionibus diſtinguendae ſunt cum plures de eadem re dantur, ut in cauſa emtionis, emti actio ab actione ex ſtipulatu de evictione. 138
Concurrunt ſimul plures plerumque Actiones. 121
Bonae fidei Actioni locus non eſt niſi interſit. 137
Actio in Perſonam, petitio in rem, perſecutio tam in rem, quam in perſonam; an addendum rei perſeq. gratia, 188
In factum Actio Praetoria, ſubſidiaria, & dolo proxima ſemper. 134
In factum utilis ex l.Aquilia an civilis ſit an Praetoria. 130
Inſtituendarum Actionum diligens obſervatio apud Romanos. *ibid.*
Multiplex ex eodem negotio Actio. 121
Multiplicandae non ſunt Actiones ſine neceſſitate. 33
Ordo Actionum eſt, ut primo loco ſint civiles nominatae, &c. 132
Praetoriae Actiones ſunt omnes ex Juriſdictione. 134
Adminiſtrationem rerum, contemplandi cauſa reliquerunt docti. 73
Aequalibus aequalia junguntur naturaliter; ut ſpiritalia ſpiritalibus. 42
Aeſtimatio rei petitae cur aliter fiat in bonae fidei judiciis, aliter in ſtrictis. 74, 96
Aetas certa definita humanis obeundis actionibus, ad procedendum in publicum: ad ſubeundam obliga-

gationem. 85
Agri diſtinguuntur ſuperficie. 57
Certo generi Agrorum acquiri ſervitus poteſt. *ibid.*
Albi corrupti actio popularis. 34
Alea judiciorum. 53
Αλλαλέγγυον. 192
Alluſio myſtica in verbo κολυμβῆτις. 173
Aliena res quae dicatur. 126
Ambigua fata cauſarum. 53
Argumentum cui plus licet, conſequens eſſe ut minus liceat, fallax. 18
Argumentum a ſenſu compoſito ad diviſum non valet. 121
Ariſtoteles emendatus authoritate Euſtathii. 124

## B

Bodinus reprehenſus a Cujacio, quod ei adſcriberet pravam lectionem in *l. Apud eum 14. D. de manumiſs.* 30
Bonae fidei judiciorum, & ſtricti juris differentia in pactis adjectis ex continenti. 41. Item eorum differentia in aeſtimatione facienda. 73, 96
Bonorum poſſeſſiones ſunt omnes ex Juriſdictione Praetoris. 135 *ſeq.*
Bonorum poſſ. ut ex Legibus. 135
Tempus petendae Bonorum poſſeſſionis, & ex quo cedat. 172
Tempus ex quo actor municipii ſcivit, nocet municipibus, & ex quo Tutor, nocet pupillo: non ex quo pater, filio. *ibid.*
Braſſica eſt, omne genus braſſicae. 188

## C

Caſus unus non ſemper ad alterum trahitur. 32
Cauſa omnis praeſtanda poſt litem conteſtatam. 19
Cauſarum ambigua fata. 53
Cedere de jure ſuo ſapientis eſt. 153
Cenſuarius. 111
Certo generi agrorum acquiri poſſe ſervitutem quid. 72
Certi condictio, v. infra, Condictio.
Chriſtianis nulla non inflicta poenarum genera ex mandatis Principalibus. 17
Coaleſcunt facile quae ſunt ejuſdem naturae. 42
Codicilli ex ſuggeſtione, & ex authoritate Prudentum. 15
Codicillis quaecunque ſcribuntur perinde eſt, ac ſi in teſtamento. Quaedam tamen non referuntur ad confirmationem Codicillorum: id eſt, quaedam diſpoſitiones non referuntur ad teſtamenta. 42
Columbus medicus quare male audiat. 41. Κολυμβῆτις δῆλιος. 173
Commune plurium, eſt ſingulorum pro parte quam quiſque intellectu habet. 69
Compenſationis eſt ſubtiliſſimus effectus. 89
Concubina, & concubinatus. 145
Conditio. Ante conditionem exiſtentem mortuo legatario, legatum

tum deficit. 168
Legata Conditionalia an delegari poſſint. 166
Legata Conditionalia interim haeredis ſunt. 64
Condictio. Certi condictio, an ſit ſpecialis aliqua, an tantum generalis. 66. Specialis, quo verbo in *rubrica de Rebus creditis* deſignetur. 67
Concurrit Condictio cum nominatis etiam contractibus. 149
Ex promutuo quae datur Condictio, an ſit eadem genere vel ſpecie, ac quae ex mutuo. 187
Triticaria Condictio petit quod non eſt in obligatione. 73
Condictio furtiva an morte furis intereat. 150
Conjuncti unius loco ſunt. 159
Tacita ſubſtitutio intelligitur inter Conjunctos. *ibid.*
Triplex Conjunctio: re, verbis, re & verbis: haec autem potior eſt. 160
Conjunctio verbis habetur aliquando pro duplici. 164
Conſiſtunt ſervitutes in utriſque praediis, tam ſervientibus, quam quibus ſervitutes debentur. 57
Conſiſtit tutela tam in pupillo, quam in tutore. 60
Conſtitutum ex conſenſu valet: non tenet in eo in quo erratum eſt. 190
Conſul relegare non poteſt, qui poteſt tamen gladio punire. 18
Contractus unus eſt ſtipulatio & numeratio: ut & pactum & ſtipulatio. 41
Contrectatio pro litis conteſtatione in perſona furis. 91
Contumax quis: & an poena contumacis vindicetur fiſco, vel adverſario. 32
Conventio genus eſt ad pacta & contractus. 35
Eadem Conventio, aliquo adjecto vel detracto, contractus eſt, vel non eſt. 36
*Coqs de Paroiſſe.* 191
Crediti appellatio proprie ad mutuum pertinet. 67
Cretioni haereditatis locus non fuit niſi inſtitutus eſſet haeres ſub expreſſa cretione. 152
Cujacii locus emendatus in *Poſt.* ad *tit. de Juriſd. in l.* 14. 30
Notae Cujacii, ſeu quae Cujacii nomine vulgatae ſunt, non ſunt ejus. 51

# D

Dare eſt dominium transferre. 124
Debere. Aliud eſt non debere aliquid fieri: aliud, non poſſe. 51
Decaproti, hodie dicuntur vernacule *coqs de Paroiſſe*. 191
Delegari an poſſint conditionalia legata. Et quomodo in *l.* 41. *D. de cond. & dem.* verbum *delegari*, accipiendum. 166
Delegari poteſt qui nihil debet. 167
Deteſtari, & deteſtatio quid. 193
Vim facit qui contra Deteſtationem facit. *ibid.*

Differentia qui tradunt generis & ſpeciei : inquirunt ſimilitudines & diſſimilitudines. 188
Differentia ſpeciem conſtituit : & eſt prior ſpecie. 123
Diſputatio fori, & jus quod ſine ſcripto venit, an ad mores pertinet, in *l.* 2. *§. his legibus* 5. *D. de orig. jur.* 15
Diſſimilitudines & ſimilitudines noſſe oportet, ut ſciatur genus & ſpecies. 188
Divinatio ſive electio in accuſationibus : & electio ſive praelatio in actionibus popularibus. 33
Diviſiones fiunt in iis, quae in ſubſtantia. 60
Dolus de dolo agi poteſt ſtricto judicio, etiam poſt rem peremtam apud emtorem. 137
Exceptio Doli neceſſaria, &c. vide Exceptio.
Dominium rei communis. vide Commune.
Dominium duplex tantum in jure conſideratur: juris gentium & juris civilis. 126
Donatio inter conjuges, vel a parentibus liberis in poteſtate facta, confirmatur morte donatoris. 155
Donator an debeat uſuras, & fructus rei donatae. 181
Dupla repromittenda emtori. 112
Duumviri. 20

# E

EI *& in eum*, haec verba referenda ad juriſdictionem contentioſam. 31, 53
Eliberitani Concilii locus expoſitus. 23
Emtori de dupla repromittendum. 112
Emtio perfecta, quando. 117
Peremta re ante traditionem, pretium nihilominus debetur. 119
Vera ratio cur in *l. ſi fundus* 33. *D. Locati*. publicato fundo reſtituitur pretium Emtori. *ibid.*
Emtor pretii, id eſt, pecuniae dominium transferre tenetur : venditor, rei venditae, non item. 124
Ἐμφυτεία inſitio : ἐνοφθαλμὸς inoculatio. 42
Eritudo, ſervitudo. 60
Error contrarius eſt conſenſui. 190
Eventus. Ab eventu pleraque aeſtimantur. 88
Evictio. In evictione partus & acceſſionum, diſtinguenda eſt actio emti ab actione ex ſtipulatione duplae. 138
Mortuo ſervo qui traditus eſt cum alienus eſſet, an eſt de Evictione actio. *ibid.*
Euſtathius citatus ad illuſtrandum Leges Georgicas, 111. Item ad emendandum Ariſtotelem, 124. Item ad reprehendendum Meriliium, qui male οὐδ᾽ ὅλως vertit, *non omnino*, in expoſitione *l. Graece* 8. *§. Illud* 7. *de fidejuſſ.* 191

Exce-

Digitized by Google

Exceptio pacti vel doli neceſſaria ubicunque pacti, quod adjectum eſt ſtrictis judiciis, eſt contra naturam obligationis, ut dabis decem quo ad vivam. 45
Exercitionem publicorum judiciorum nemo habet iure Magiſtratus. 26
Exhaereditatio reſcinditur per querelam ea ſola, quae facta eſt notae cauſa. 55
Expreſſa vincunt tacita. 165
Extremum juriſdictionis, miſſio in poſſeſſionem, vel pignorum occupatio. 184

## F

Facti quaeſtio nulla eſt ſi verba plana ſunt, 164. facti & juris an per ratihabitionem confirmentur. 155
Falcidia non utitur haeres, qui poſt mortem teſtatoris cavit, ea ſe non uſurum. 169
Faſces, ſignum Juriſdictionis. 26
Fidejuſſor ſimpliciter acceptus, an in omnem cauſam cenſendus ſit fidejuſſiſſe. 104
Fidejuſſor acceptus in majorem ſummam, an aliquatenus obligetur. 189
Fieri aliquid non debere, vel non poſſe, aliud eſt. 51
Filiusfamilias litem habere poteſt. 50
Forenſes homines ad Juriſprudentiam apti. 73
Formulae actionum jurisjurandi, & cautionum certae, veritatis explicandae gratia. 130
Fornerius notatus. 186
Fur a mora non excuſatur. 100
Furti actio non eſt de eo, quod eſt factum inter furandum. 131
Furtiva Condictio. 150

## G

Genus poteſt eſſe, quod ſpecies dicitur ſub genere generaliſſimo. 36
Genus & ſpeciem ut teneamus, ſimilitudines & diſſimilitudines dignoſcere debemus. 188

## H

Harmenopolus emendatus. 116
Haereditatis cretio. vide Cretio.
Haereditas cur diviſa inter haeredem inſtitutum & ſubſtitutum in *l.41. D.de haer. inſt.* 151
Aditione Haeredis inſtituti excluditur ſubſtitutus. 153

## I

Icoſaproti qui. 191
Idem aliquid dicitur, quia genere idem. 188
Imperium, & de mero imperio. 16 *ſeq.*
Imperii mixti partes. 25
An in mixto Imperio quaedam ſint magis imperii, quam juriſdictionis. 24
Impuberum ſubſtitutio. v. Subſtitutio.
Injuria non fit volenti. 53


Inju-

Injuſta uxor, non eſt noverca. 147
Inoculatio ſpecies inſitionis. 42
Inofficioſum teſtamentum, & inofficioſa querela. Agi poteſt de inofficioſo licet per errorem filius a matre ſit omiſſus. 54
An in ſpecie *legis Cum mater 28 D. de inoff.* filius egerit de Inofficioſo. *ibid.*
Lis Inofficioſi improba & difficilis. 55
Nihil praeſtatur ex teſtamento Inofficioſo. *ibid.*
In lite de inofficioſo pronunciatur de jure teſtamenti. *ibid.*
Inſitionis effectus. 42
Intereſt. Niſi Interſit, actio bonae fidei non datur. 138
Judex & magiſtratus qui differant, 50. Affines in cauſis affinium ne Judicent, 52. Pater filium, & contra Judicem habere poteſt. 51
Judicare & jus dicere aliud, 50. Judices dare moribus competit urbanis magiſtratibus, 26. Judicia, iniqui nihil habere debent exempli. 52
Judicati actio quid ſit: & ſingularia nonnulla de ea. 182
Judicatis, tempus humanitatis gratia datum, 140. Improbis litigatoribus non indulgetur, *ibid.* Regula quae ait vigilantibus jura ſuccurrere locum habet in actione praeſertim judicati. 183
Judiciale pignus, ſimile conventionali, ut in eo potior ſit, &c. 184, 187
Jura vigilantibus non dormientibus ſubveniunt. 183
Jurisjurandi formulae certae. 130
Jurisjurandi diſtinctio in voluntarium, neceſſarium, & judiciale ex nova Diſpunctoris opinione explicata. 75
Jus non ſcriptum quid ſit, 14. duplex, 15. Juris partes ſummae duae, Imo tres, 14. Jus omne fecit conſenſus, aut neceſſitas, aut conſuetudo. 13
Res Juris & facti, an per ratihabitionem confirmentur. 155
Jus gladii. 16
Jus accreſcendi. vide Accreſcendi jus.
Juriſdictio duplex, voluntaria & contentioſa, 29. An aequalis aequali poſſit ſe ſubjicere in hac & illa Magiſtratus. *ibid.*
An imperium mixtum habeat omnis Juriſdictio. 19 *ſeq.*, 24
Sine imperio nullam eſſe Juriſdictionem quomodo exaudiendum. 22
Juriſdictionis quae ſint. 25 *ſeq.*
Ei & in eum, haec verba ad Juriſdictionem contentioſam pertinent. 31
Jus dicere alicui, & in aliquem quid ſit, 53. Qui Juriſdictioni praeeſt, neque ſibi, neque ſuis jus dicere debet. 51
Juſtum ac legitimum diverſa ſunt, aliquando tamen pro eodem. 145 *ſeq.*
Naturales liberi Juſti aliquando dicuntur, ſi v. gr. cum vulgo quaeſitis conferantur. *ibid.*

Lega-

# L

Legata conditionalia. vid. Conditio.

Legatorum genera varia diverſam teſtantium voluntatem oſtendunt. 62

*Leges obiter expoſitae aliqua ex parte.*

*ad Municipalem. lex* 26. 24
*de Auro & argent.&c.lex* 34.126
*de Condict.cauſâ data.lex ult.* 82
*de Condict.furtiva. lex* 9. 92
*de Condit.& demonſtr.lex* 41.168
*de Contrah. empt. lex* 72. 111
*de Evictionibus. lex* 21. 137
*de Fidejuſſoribus.lex.*8.§.7. 189
*de Haered.inſtit.lex* 41. 151 *ſeq.*
*de Inoffic. teſtam. lex* 28. 54
*de Judiciis. lex* 2. 24
*de Juriſdict. lex* 2. 22
*eod. tit. lex* 3. 20
*eod. tit. lex* 4. 24
*eod. tit. lex* 14. 29
*de Legatis* 3. *lex* 89. 160
*de Legibus. lex penult.* 12
*de Liberali cauſa. lex* 30. 175
*Locati . lex* 33. 119
*de Obligation.& act.lex* 28. 188
*de Origine jur. lex* 2. §.5. 15
*de Offic.ejus cui mand. eſt juriſd. lex ult.* 22
*de Pact. Cod. lex* 27. 40
*de Poenis. lex* 6. §.*ult.* 16
*de Procuratoribus . lex* 68. 46
*pro Socio. lex* 52.§.2. 110
*Quando dies leg. ced. lex* 25. §.1. 87
*de Rebus creditis. lex* 16. 68
*eod. tit. lex* 22. 72
*eod. tit. lex* 40. 37
*de Re judic. lex* 61. 182
*de Servit. ruſtic. lex* 13. 58
*de Tutel.& rat.diſtrab.lex*10. 94
*de Verb.ſignif. lex* 131. 23
*de Vſucap.Inſtit.*§.12.& 13. 177
*eod. tit. Dig. lex* 14. *ibid.*
*de Vſuris. lex* 3. 139
*eod. tit. lex* 34. 143
*de Vulg.& pupill.ſubſtit. lex* 45. 153

Legis virtus eſt etiam in permittendo, 142. in Legibus omnibus jus publicum verſatur. 169

Legitimum eſt, quod eſt ex lege, & ex ſententia legis. 133

Licet) de regula ſive argumento cui plus Licet, &c. 18

Lis de inofficioſo, improba. 55

Lites ſine ſuſpicione procedere debent. 52

Litis conteſtationem imitatur contrectatio in perſona furis. 91

Locatio an ſit vel ſocietas, cum colono partiario. 108

Locatio eſt ſi animus ėſt contrahendae locationis. *ibid.*

Actio ex Locato an ſit, onere vehendo conducto, praerogata vectura, non ſecuta vectione. 120

# M

Magis, an poſitive, an comparate accipiendum ſit, in *l.*4. *de Juriſd.* ubi dicitur jubere caveri, &c. *magis eſſe imperii, quam juriſdictionis.* 24, 25

Magiſtratus manumittere an poteſt

apud collegam. 29

Magiſtratuum majorum & minorum communia. 25

Magiſtratus proprie dicuntur Urbani. 23

Magiſtratus municipales an haberent imperium mixtum, 21. poteſtatem faſcium, 26. an mulctae dictionem, 23. an pign. capionem. 174

Magiſtratus municipales abſtinere ab Eccleſia juſſi, anno Duumviratus. 23

Magiſtratum qui gerit, Rempub. adminiſtrat. 35

Populum laedit, qui Magiſtratui non obtemperat. ibid.

Publicum jus in Magiſtratibus verſatur. ibid.

Ejerare Magiſtratum ſine populi conſenſu nemo poteſt. 34

Manumittere apud collegam an quis poſſit. 29

Mattheus Magnus Anteceſſor Aurel. 41

Menander natus eſt ſub Soſigene Archonte, & mortuus Archonte Philippo Coſſ. quibus. 14

Menandri verba expoſita, omnia fieri neceſſitate, lege vel conſuetudine. 13

Mercis appellatione homo non continetur. 102

Mercatores primi qui luxum invexerunt in urbem, Phoenices. 124

Merum imperium quid, 16, 26. plures partes habet, 16. Jus gladii, praecipua quidem, ſed non continet omnes. ibid.

Mixtum imperium quid, 19. ad finem accedit meri, & partes habet. 26. quaecunque ſunt Mixti imperii, non ſunt aeque juriſdictionis. 27

Modeſtinus unde ſumpſit hoc, omne jus aut conſenſum, aut neceſſitatem, aut conſuetudinem feciſſe. 13

Modus aequiſſimus partitionis fructuum cum cenſuariis. 111

Mora cuique ſua nocet. 101

Creſcit aeſtimatio propter Moram debitoris. ibid.

Propter Moram debitoris condictio triticaria redigitur ad actionem bonae fidei. 98

Judicium accipere paratus, non videtur moram facere. 99

Fructus & uſurae debentur ex Mora praeſtandorum legatorum & fideicommiſſ. 142

Mora fit cum poſtulanti non datur. ibid.

Mores non ſunt jus a Prudentibus compoſitum. 14

Μορτιτὶς quis. 111

Mulctae dictionem qui habeant. 23

Munera civilia ſunt in triplici differentia. 191

De interpretatione *legis* 12. *D. de muneribus*. *ibid.*

# N

Nam. particula *nam*, diverſam plerumque ſpeciem inducit. 56

Naturales liberi collati cum ſpuriis juſti dicuntur. 145 *ſeq.*

Ne-

Neceſſitas quodnam jus conſtituit. 12
Neceſſitati quod ſubjicitur ut judex facere non debeat, an ſubjiciatur neceſſitati ut facere non poſſit. 51 *ſeq.*
Νόμῳ hoc verbo cum dicitur omnia fieri νόμῳ decreta etiam magiſtratuum comprehendantur. 14
*Nonvaleurs ou nonvaloirs rejettez ſur les principaux*. 191
Novantur legata conditionalia cum conditio extiterit. 168
Jure Novationis debentur ex nova ſtipulatione, quae ex teſtamento debebantur. *ibid.*
Numeratio juncta ſtipulationi unum efficit contractum. 41

## O

Obligatio ad tempus eſſe non poteſt. 43
Naturalis Obligatio aeſtimatur ex facto, & ex futura ſolutione. *ibid.*
Obligationis jure: & officio judicis, diverſa ſunt. 105
Officium judicis eſt extra obligationem. *ibid.*
Omnino non, an debeat converti & reſolvi in non omnino, *l. Graece 8. §. Illud 7. D. de fidejuſſ.* 190
οὐδ' ὅλως. 191

## P

Pactum an ſit genus vel ſpecies conventionis, 35. adjiciens & detrahens. 111
Pactum, & de contractibus dicitur. 36
Contractum vis major quam Pactorum, 42. format actionem adjectum contractui ex continenti ſi contractus ſit bonae fidei. *ibid.*
Strictis contractibus adjectum ex continenti Pactum, an inſit ad agendum. 37 *ſeq.*
Ineſt ad inhibendam actionem. 43
Πάμπαν ἢ οὐδαμῶς ἢ οὐδ' ὅλως aequivalentia facit Euſthatius. 191
Pater in cauſa filii an judicare, an jus dicere poſſit. 50
Patronus an portionem debitam remittere poſſit. 169, 171
Peccata paria Stoici faciunt. 42
Pecunia numerata res certiſſima. 68
Peremta re poſt traditionem an ſit actio adverſus eum, qui rem alienam tradiderat. 138
Periculum rei venditae, nec traditae, an ſit emtoris. 116
Permutatio an dominii translationem deſideret. 123
Ex Permutatione non eſt ſemper actio praeſcriptis verbis, 81. ſed aliquando ſola datur condictio. *ibid.*
Petere quid ſit proprie. 96
Phoenices primi mercaturam genere permutationis exercuere. 124
Pignus judiciale res mobiles recipiunt in Gallia. 187
Pignus judiciale & Praetorium differunt, 136. Pignus convaleſcit dominio quaeſito, 169. potior eſt in Pignore judiciali qui tempore praevenit Pignus occupare, 184
Placitum. 37

Plus cui licet an continuo quod eſt minus liceat, 120. Pontes urbis Regioni XIV. adſcripti. 61
Popularis actio, 33. albi corrupti actio Popularis, 34. In factum actio ex Edicto *ſi quis jus dicenti non obtemp.* Popularis eſt, *ibid.* An poena dividatur aliquando in Popularibus actionibus. *ibid.*
Poſſe & debere diviſa. 51
Potior eſt jure qui prior eſt tempore. 187
Praeſcriptis verbis actio unde dicta. 128
Praeſides qui jus gladii habuerunt an alias coërcitiones habuerint, 16. an confiſcare potuerint. 19
Praetor viva vox juris civilis, 134. Praetorium non recte dicitur quidquid fit a Praetore. 136
Pretia ſervorum varia ab aetate, ſexu, & arte. 103
Procurator an ex re domini ſibi ſtipulando, actionem acquirat domino, 46. utilem quando, 48. Invito Procuratore an dominus petere poſſit. 46. cedere actiones aliquando cogitur Procurator. *ibid.*
Pubertatis aeſtimatio in foeminis ex annis tantum, nunc & olim facta eſt. 86
Pubertati proximus an ſit pupillus, in ſolis delictis attenditur contra Merillium. 85
Publica judicia. Publicorum judiciorum exercitio non eſt juriſdictionis. 26
Publicato fundo ante traditionem cur reſtituatur pretium, 119.
Publicum jus verſatur in omnibus legibus. 169
Pupillus ex dolo tutoris an conveniatur, 147. Pupillus an naturaliter obligetur abſque tutoris auctoritate. 83
Scientia tutoris an noceat Pupillo. 173
Reſpublica comparatur Pupillo. *ibid.*

## Q

Querela inofficioſi. vide Inofficioſum.

## R

Ratihabitio in maleficiis comparatur mandato. 158
Ratihabitione an res facti potius confirmentur quam res juris. 155
Rationum ac differentiarum libri Modeſtini deſiderati. 41
Receptum eſt: id eſt, poſt dubitationem aliquam placuit tandem. 32
Recuſatio ſive refutatio judicum. 52
Relativa, ſeu τὰ πρός τι naturam habent reciprocam. 60
Renunciare ſuo juri quiſque poteſt. 169
Repetitio non eſt conſulto dati. 171
Reſcripta nonnunquam de iis, quae jam conſtituta ſunt, fiunt. 180
Res juris & facti diſtinguuntur in quaeſtione, utrae per ratihabitionem confirmentur. 155
Reſponſa Prudentum non confundenda cum jure moribus recepto. 15

Reſpon-

Reſponſa Prudentum ad jus ſcriptum pertinent. *ibid.*
Reſpublica pupillo comparatur. 173
ῥητὸς quid & ῥητῶς. 124

## S

Sapiens de jure ſuo cedit aliquando. 153
Sata cur proveniant. 42
Scientia patris an noceat filio: & tutoris pupillo, & generaliter alterius alteri. 173
Sententia declarat jus actoris non dat jus in bonis debitoris: ſed capio pignorum, vel miſſio in poſſ. 183
Servitudo, 59. Servitutes ſunt qualitates praediorum. 60
Sunt actionum inſtar. *ibid.*
Servitutes aditione haereditatis an confundantur. 63
Ubinam conſiſtant Servitutes an in praedio ſerviente, &c. 56
In ſolo & ſuperficie quomodo conſiſtant, 57. Ad tempus an conſtitui poſſint. 44
Haeredis an legatarii ſit electio qua parte fundi conſtituatur Servitus, ſervitute puta viae ſimpliciter legata. 61
Servorum pretia varia. 103
Simplex & indefinita locutio generalis eſt. 108
Sobrini ne judicent in cauſis ſobrinorum. 52
Societas an ſit cum colono partiario. 108
Socius omnium bonorum an habeat propriam pecuniam & eam alienare poſſit. 68
Societas eſt ſi animus fuerit contrahendae ſocietatis. 108
Si convenerit cum paſtore ut poſt tempus certum grex vendatur & pretium dividatur, Societas eſt. 110
Socius ſi libertatem ſervo communi dederit, quid juris inter veteres. 176
Solidum. Teneri in Solidum, & pro parte haereditaria an recte dicatur. *ibid.*
Species ſub certo genere, poteſt alias & generis rationem habere. 35
Spiritalia ſpiritalibus adhaerent recte. 42
Stipulatio ſeu praecedat ſeu ſequatur pactum, unus contractus eſt. 41
Stricta natura eſt Stipulationum. 43
Strictorum contractuum, & bonae fidei differentia. 41
Subſtitutio. In Subſtitutione facta filio impuberi receptum eſt, ut uno caſu expreſſo ſuppleatur alius: non eſt receptum, ut in inſtitutione poſtumi caſus ille *ſi vivo me natus ſit*, trahatur ad alium caſum *ſi poſt mortem natus ſit*. 32
De Subſtitutione facta fratribus imparis aetatis aut conditionis. 153
Frater excludit matrem in Subſtitutione reciproca. *ibid.*
Ad honorem filii impuberis pertinet habere haeredem teſtamentarium. 154
Mortua matre Subſtitutus admittitur ex tacita pupillari. 155

Inter

Inter Subſtitutum & inſtitutum cur diviſa ſit haereditas in *l.41. de haeredib. inſtit.* 151
Subſtitutus omnino excluditur aditione inſtituti. 152
Sumendi verbum in legatis quam vim habeat. 63
Superficiarius. 57
Suſpicio a judiciis amovenda. 52

# T

TAilles) *nonvaleurs des Tailles, ſur qui rejettez.* 191
Temporum acceſſiones inter poſſeſſores. 177
Ad Tempus obligatio eſſe non poteſt. 43
Teneri, in jure quid? 148 *ſeq.*
Triticariae condictionis uſus. 73
Aeſtimatio in Triticaria, ex quo tempore fit. *diſp.*22. redigitur ad conditionem bonae fidei propter moram debitoris. 98
Tranſactio eſt ſpecies pacti, 35. quomodo de lite, pacto Tranſigitur. 37
Tutela, in tutore, & in pupillo eſt. 60
Tutoris datio neque imperii neque juriſdictionis. 26
Ex dolo Tutoris an teneatur pupillus. 147
Tutor comparatur actori civitatis. 173
Tutelae actio quoties uberior eſt, toties aliarum actionum in eam fit converſio, 95. In eo notanda differentia actionis tutelae, & negotiorum geſtorum. *ibid.*
Sciencia Tutoris. vid. Scientia.

# V

VAriare non eſt, aliorum opinionem ſimpliciter proferre. 13
Verba ubi plana, quaeſtio nulla voluntatis. 164
Viae muniendae cura an ſit munus perſonale. 191
Videtur, modeſta vox dubitantis, magis quam affirmantis plerumque. 56
Vigilantibus non dormientibus jura ſuccurrunt. 183
Vim facit qui contra deteſtationem facit. 193
Virgilius illuſtratus. 147
Volenti non fit injuria. 53
Uſucapere pro longa poſſeſſione quaerere. 178
A longa poſſeſſione Uſucapio diſtinguenda in continuatione, ſive acceſſione temporis. *ibid.*
Uſurae in bonae fidei judiciis non tam ex obligatione veniunt, quam officio judicis. 107
Uſurae vicem fructuum obtinent. 143
Actio legatorum Uſuras recipit ex mora. 145
Uſurarum eſt quaſi uſusfructus. *ibid.*
Donator an debeat Uſuras. 181
Utilitas. Cum Utilitate poteſt concurrere Juriſprudentia. 15
Uxor injuſta non eſt concubina. 145 *ſeq.*

*FINIS.*

ED.

# EDMUNDI MERILLII
## AD LIBROS II.
# QUAESTIONUM CALLISTRATI:

Item

*IN TITULUM D. DE SERVITUTIBUS.*

Ut &

*AD LL. XXXI. PRIORES. D. DE REBUS CREDITIS.*

## COMMENTARIUS.

Digitized by Google

Digitized by Google

# EDMUNDI MERILLII
## AD LIBRUM I.
# QUAESTIONUM CALLISTRATI
## COMMENTARIUS.

*Ad Leg.* XXXVIII. *D. de Legibus.*

CALLISTRATUS Lib. 1. Quaeſtionum.

N*Am Imperator noſter Severus reſcripſit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*

Calliſtratum inter eos qui fuerant ex conſilio Alexandri Severi, narrat Lampridius *in Alexandro Severo cap.ult.*& in *h. l.* 38.deprehenditur, vixiſſe Calliſtratum ſub Severo, ubi Alexandrum, quam Septimium Severum malim intelligere, ut in *l. Verum* 11. *in princ. D. de Minoribus.* cui conferas *l.* 1. *C. de Noxalibus actionibus. l. cum alter* 11. *D. de Compenſationibus.* & *l.* 4. *C. de Compenſat.*

In *h. l.* 38. Calliſtratus refert Severi reſcriptum, *in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem, legis vim debere obtinere.* Siquidem in legibus multae ambiguitates naſci poſſunt *l. in ambigua* 19. *D. h. t.* Et ideo legibus XII. tabul. latis ſtatim neceſſaria fuit interpretatio prudentum *l.* 2. §. 5. *D. de Orig. juris.* Julianus librum ſingularem de ambiguitatibus ſcripſerat, ut ex indice Florentino poteſt apparere, puta quae ex legibus proficiſcerentur, vel ex pactionibus, *l. veteribus* 39. *D. de pactis.* vel ex teſtamentis, *l. ille* 25. *D. de legat.* 3. *l. in ambiguis* 85. *D. de regulis juris.* ſed & Proculus *ambiguum* verbum quomodo accipi debeat, ſcribit, in *l. Nepos* 125. *D. de V. S.* & Celſus in *l.* 7. §. 2. *D. de ſupellect. legat.*

Si igitur ambigua ſunt verba legum, conſuetudo primum eſt ſpectanda, ſeu jus, qua civitas retro in hiſce caſibus uſa fuit *l.* 37. *D. h. t.* & ita ex XII. tabul. legibus jus civile fluxit, quod jus erat non ſcriptum, & veluti quaedam conſuetudo interpretans legem XII. tabularum, unde jus civile dicitur jus moribus introductum, nam donationes inter virum & uxorem ſunt moribus prohibitae *l.* 1. *D. de Donationibus inter Virum, &c.* & jure civili *l.* 5. §. 1. *D. de Pactis dotium*. Subſtitutio pupillaris eſt moribus introducta *l.* 2. *D. de Vulgari, & pupillari ſubſt.* & jure civili *l. ex facto* 43. *in pr. D. eod. tit. de Vulgari, &c.* quia jus civile ſeu interpretatio prudentum non ſcripta mores iſtos, ſeu conſuetudinem induxerant.

Conſuetudo morem non efficit, ut quibuſdam viſum eſt, ſed contra. Servius ad *v.* 601. *lib.* 7. *Aeneid. Varro vult morem eſſe communem conſenſum omnium ſimul habitantium, qui inveteratus conſuetudinem facit.* Iſidorus *lib.* 2. *Originum cap.* 10. *Mos autem longa conſuetudo eſt de moribus tracta.*

At quidem interpretatio legum ex conſuetudine ſumi debet, *quae eſt optima legum interpres d. l.* 37. *D. h. t.* ita & ex rebus perpetuo ſimiliter judicatis, quarum auctoritate & conſuetudo inducitur, atque firmatur *l. cum de* 34. *D. h. t.*

Vulgo obſtare credunt *l. nemo* 13. *C. de Sententiis, & Interloc.* ubi ajunt Imperatores *non ex exemplis rerum judicatarum, ſed legibus eſſe judicandum*, quod ita intelligere debemus, ſi res judicatae legibus ipſis repugnent, aut ſi res judicatae aliter fuerint.

## *Ad Leg.* XLVII. *D. de Judiciis.*

### CALLISTRATUS Lib. 1. Quaeſtionum.

*Obſervandum eſt, ne is judex detur, quem altera pars nominatim petat (id enim iniqui exempli eſſe, Divus Hadrianus reſcripſit;) niſi hoc ſpecialiter a Principe ad verecundiam petiti judicis reſpiciente, permittetur.*

Magiſtratus Romae, & Praeſides in provinciis ipſi non cognoſcebant, ſed judices dabant qui cognoſcerent, *l.* 8. *D. de Officio praeſidis. l.* 3. *D. de Tutor. & curat. datis. l.* 2. *C. de Pedaneis judicibus.*

*cibus*. tanquam alienum eſſet a dignitate magiſtratus privatis negotiis judicandis diſtringi , & occupari : Magiſtratus igitur dabant judices, quos & pro imperio vetabant judicare , & cogebant pronunciare *l. judicium* 58. *D. eod.* de qua re *l.* 74. *D. h.t.* Et cum judicem dare vellent , debebant litigantes in judicem conſentire. M. Tullius *pro Cluentio cap.* 43. *Neminem voluerunt majores noſtri non modo de exiſtimatione cujuſquam , ſed ne pecuniaria quidem de re minima judicem eſſe , niſi qui inter adverſarios conveniſſet.* eoque Servius reſpicere videtur ad *Eclogam* 3. Virgil. *v.* 53. *Nec quemquam fugio , id eſt , conſentio ad eum judicem, quem tu eligis.* Et Papin. in *l. Ex conſenſu* 23. *D. de Appellat.* & Calliſtratus in *h. l.* 47.

Finge, Actor petierat a magiſtratu judicem , puta Titium nominatum , reus autem in eum judicem non conſenſerat , aut eum judicem datum eſſe ignorabat , ait Calliſtratus, ex reſcripto quidem Adriani id iniqui exempli eſſe , ut magiſtratus det judicem, quem altera pars petierit , id eſt actor vel reus , nam haud dubie ſibi amicum petere videtur , & ita fieret,ut propter amicitiam judex datus parum ſincere judicaret . Symmachus *lib.* 10. *ep.* 72. *Fit enim ſaepe ut judicii ſeveritatem frangat affectio* . Nec minus eleganter Syneſius *epiſt.* 147. δεινὸν φιλία κλέψαι τὴν ἀλήθειαν. Quamvis autem magiſtratus ad petitionem partis alterius judicem dare non poſſint , tamen Princeps , qui celſior eſt omni magiſtratu , dare poterit , ſi is petatur judex cujus verecundiae deferendum id eſſe, putet . Verecundiae , id eſt reverentiae *l. ſi patronus* 20. *D. de Donationibus*. vel exiſtimationi *l. Filius* 15. *D. de Conditionibus inſtitutionum.*

*Ad Leg.* x. *D. de In litem jurando.*

CALLISTRATUS Lib. 1. Quaeſtionum.

*In inſtrumentis, quae quis non exhibet , actori permittitur in litem jurare , quanti ſua intereſt ea proferri : ut tanti condemnetur reus. idque etiam Divus Commodus reſcripſit.*

Jusjurandum in litem eſt, quod judex defert adverſus eum,qui dolo malo rem petitam non exhibet , vel non reſtituit , in eoque

 pu-

Digitized by Google

punitur contumacia non exhibentis, vel non reſtituentis, ut non damnetur, quanti res eſt in veritate, ſed quanti adverſarius ſua intereſſe juraverit *l. qui* 68. *D. de Rei vind. l. a poſſidentib.* 21. *C. eod. l.* 4. §. 1. & *l.* 5. §. 3. *D. h. tit.*

Finge, Titius adverſus Maevium ad exhibendum egerat, ut ſibi inſtrumenta quaedam ad jus ſuum pertinentia exhiberet, quia illi *omnes poſſunt agere ad exhibendum, quorum intereſt*, *l. penultima. D. Ad exhibend.* ſed ſi Maevius inſtrumenta dolo malo exhibere nolit, judex Titio inſtrumentum deferre poterit, ut juret in litem, ſeu quanti intereſt, inſtrumenta ſibi non eſſe exhibita *l.* 4. & 6. *C. eod. tit. Ad exhibend.* Judex autem damnabit Maevium, quanti Titius juraverit in litem, vel etiam pluris minorisve *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* nam in hoc jusjurandum in litem differt a jurejurando neceſſario, quod neceſſarium jusjurandum in judicio delatum judex omnino ſequi debeat *l. cum de* 25. §. 3. *D. de Probationibus*. At jusjurandum in litem ſequi non tenetur, & ratio differentiae ex eo eſt, quia neceſſarium jusjurandum venit ex pactione ipſorum litigatorum *l.* 1. *D. de Jurejurando.* jusjurandum autem in litem autoritate judicis deferatur *l.* 4. §. 1. *h. t.*

*Ad Leg.* LXIV. *D. pro Socio.*

CALLISTRATUS Lib. 1. Quaeſtionum.

I*taque cum ſeparatim ſocii agere coeperint, & unuſquiſque eorum ſibi negotietur, ſine dubio jus ſocietatis diſſolvitur.*

Contractus iiſdem modis ſolvuntur, quibus contrahuntur *l. obligationum* 44. §. 10. *D. de Obligationibus*, & *actionib. l. prout* 80. *D. de Solutionib. l. nihil* 35. *D. de R. J.* Verbis contracta obligatio per acceptilationem verbis tollitur *l.* 4. *D. de Tranſact. l. an inutilis* 8. §. 3. *D. de Acceptilat.* Literis contrahitur obligatio *l. non figura* 38. *D. de Obligat.*, & *act.* quae & literis diſſolvitur ſeu per apocham *l. ſi accepto latum* 19. *D. de Acceptilation. Reſcribere* eſt obligationem nominibus ſeu literis contractam aliis literis ſeu ſcriptura diſſolvere, apud Horatium *lib.* 2. *Sermonum ſatyr.* 3. *v.* 76.

—— *dictantis quod tu nunquam reſcribere poſſis.*

Mu-

Mutuum naturaliter contrahitur, & re interveniente *l. quia* 10. *D. de Senatuſc. Macedoniano. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus* 2. *D, de V. O.* & naturaliter, id eſt numeratione pecuniae diſſolvitur *l. ſolutam* 49. *l. penultima. D. de Solutionib.* contractuſque conſenſu contrahuntur, diſſenſu tolluntur. *Nuptias conſenſus facit l. cui fuerit* 15. *D. de Conditionibus. l. nuptias* 30. *D. de R. J.* nuptias diſſenſus ſolvit *l.* 9. *C. de Repudiis.* & ſi quid in nuptiis praeter conſenſum intervenerit, puta teſtatio *l.* 4. *D. de Pignoribus*, *& hypothecis.* contraria teſtatione nuptiae ſolvuntur *l. nullum* 8. *D. de Divortiis*. Si tabulae nuptiales ſignatae fuerint, ut in *l. penult. D. De Donat. inter vir. & ux.* eaedem tabulae nuptiales divortio interveniente rumpuntur. Juvenalis *Sat.* 9. *v.* 75.

*— tabulas quoque ruperat, & jam*
*Signabat, &c.*

Si matrimonium per confarreationem contractum eſſet, per diffarreationem ſolvebatur. Sextus Pompejus *lib.* 4. *de V. S.* in verbo *diffarreatio*. Emtio nudo conſenſu contrahitur *l.* 1. *in fin. D. de Contrahenda emt.* & diſſenſu ſolvitur *l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ab emtione* 58. *D. de Pactis. l.* 3. *D. de Reſcind. vendit. l.* 1. *C. Quando non liceat ab emt.*, *&c.* non ſolum re integra, ſed & re ſecuta, ſi venditor pretium emtori, emtor vero rem ſibi traditam venditori reſtituat. Societas mutuo conſenſu contrahitur *l. qui admittitur* 19. *l. plane* 37. *D. h. t.* §. *ſi duorum* 27. *Inſt. de Rerum diviſione.* conſenſu, inquam, expreſſo vel tacito.

Finge, ſervum meum, qui contraxerat ſocietatem cum Titio, vendidi: poſt alienationem ſervus in eadem ſocietate perſeverat: tacite renovata intelligitur, quae ſoluta fuerat per alienationem ſervi *l. ſi id quod* 58. §. *ult. D. h. t.* ita ſocietas diſtrahitur contraria voluntate expreſſa vel tacita: expreſſa, ſi quis ex ſociis ſocietati renunciaverit *l.* 14. 16. 63. *in fin. D. h. t.* tacita voluntate, ſi ſeparatim ſocii agere coeperint, ſibique non aliis negotiari, ut eſt in *h. l.* 64. ſi tamen aliquis intempeſtive renuntiaverit ſocietati, actione pro ſocio tenetur *l.* 14. *& l.* 17. *in fine D. h. t.* vel ſi dolo malo renuntiaverit.

Finge, ſocius, qui omnium bonorum ſocietatem contraxerat, ſocietati renuntiavit, cum ei hereditas obveniſſet, nihilominus actione pro ſocio poterit conveniri, ut, ſi quod lucrum eſt hereditatis, communicetur. *l. actione* 65. §. 3. *D. eodem.* quia dolo malo

lo renuntiaſſe videtur ſocietati, ne hereditas inter ſocios communicaretur.

*Ad Leg. XV. ad L. Cornel. de Falſis.*

CALLISTRATUS Lib. I. Quaeſtionum.

D*ivus Claudius Edicto praecepit, adjiciendum Legi Corneliae,* ut ſi quis, cum alterius teſtamentum vel codicillos ſcriberet, legatum ſibi ſua manu ſcripſerit, proinde teneatur, ac ſi commiſiſſet in legem Corneliam: & ne vel iis venia detur, qui ſe ignoraſſe Edicti ſeveritatem praetendant. *Scribere autem ſibi legatum videri non ſolum eum, qui manu ſua id fecit: ſed etiam qui per ſervum ſuum, vel filium, quem in poteſtate habet, dictante teſtatore, legato honoratur.*

Senatuſconſulto Liboniano cautum fuerat, ut ii, qui ad teſtamenta ſcribenda adhibebantur, poena legis Corneliae de falſis tenerentur, ſi ſibi hereditatem vel legatum, vel aliud emolumentum teſtamento adſcripſiſſent *l. 1. D. de His, quae pro non ſcriptis habentur. l. 3. C. de His, qui ſibi in teſtamento adſcribunt.* Verum dubitari poteſt, an idem fuerit edictum Claudii, cujus meminit hic Calliſtratus, cum SCto Liboniano, an etiam SCtum Libonianum praeceſſerit, & ſecutum fuerit Libonianum. de qua re non ſatis conſtanter ſcripſit Cujacius in *paratitlis D. ad h. t.* & *in paratit. C. ad dict. tit. de His, qui ſibi adſcribunt in teſtamento.*

Paulus quidem librum ſingularem ſcripſerat ad SCtum Libonianum, ſeu Claudianum, ut eſt in indice Florentino, quaſi non aliud fuerit SCtum Claudianum a Liboniano; tamen duo SCta fuiſſe videntur, quae & Macer intelligit *l. de eo* 10. *D. h. t.* & propterea Edictum Claudii diſtinguitur a SCto Liboniano in *h. l.* 15. & *in l. 3. C. de His, qui ſibi adſcribunt in teſtamento.* Verius tamen eſt, & Libonianum SCtum prius factum eſſe, & deinde Claudianum fuiſſe ſubſecutum; quia SCtum Claudianum poſterius eſſe fertur, puta, quod Divus Claudius quaedam capita SCto Liboniano adjeciſſet, ut deprehendi poteſt ex *principio hujus l.* 15. tam igitur SCto Claudiano, quam Liboniano prohibitum fuerat, ne ii, qui ad teſtamenta ſcribenda eſſent adhibiti, ſibi hereditatem vel legatum adſcriberent. *d. l. 3. C. de His, qui ſibi ad-*

*adſcrib.* ſed & Divus Claudius Edicti ſui veniam dari noluit iis, qui ignoraſſent, tum quia juris ignorantia nemini prodeſſe debet in compendiis, ſeu acquirere volentibus *l. 7.* & *8. D. de Juris, & facti ignorant.* tum quia conſtitutiones Principum nemini ignorare permittitur *l. 9. C. de Legibus. l. penult. C. de Juris, & facti ign.* praecipue JCtis, qui ad teſtamenta ſcribenda plerumque adhibebantur. Suetonius *in Nerone cap. 32. l. Lucius* 88. *§. ult. D. de Legat. 2. l. dictantibus* 22. *C. de Teſtamentis, & quemadmodum teſtam., &c.* Quamvis a SCto Liboniano, & Claudiano tantum comprehenſum fuiſſet, ut poena legis Corneliae tenerentur ii, qui ſcripſiſſent; tamen ex ſententia eorum tenentur filius, & ſervus, qui patri vel domino legatum adſcripſiſſent *dict. l.* 10. *D. h. t.* quamvis pater legato fuerit honoratus, ut hic loquitur Calliſtratus, nam & legatum *honor* dicitur. *l. ſed & ſi* 52. *§. 2. D. de Judiciis. l. Amiciſſimos* 36. *D. de Excuſation. tutor. l. fideicommiſſa* 11. *§. plerumque* 20. *D. de Legatis* 3. *l.* 3. *§.* 2. *D. de Legatis praeſtandis.* hereditas tamen pleniore honore, quam legatum, relinquitur *l. 5. §. 6. D. eod. tit. de Legat. praeſtand.* quia heres eſt ſucceſſor juris, & defuncti perſonam ſuſtinet, non legatarius.

### *Ad §. plane* 1.

§. 1. **P***Lane Conſtitutionibus principalibus cavetur, ut ſi teſtator ſpecialiter ſubſcriptione ſua declaraverit,* dictaſſe ſervo alicujus, ut domino ejus legatum ab heredibus ſuis daretur: *id valere, nec generalem ſubſcriptionem teſtatoris valere adverſus Senatuſconſulti auctoritatem: & ideo legatum pro non ſcripto habendum: & ſervo, qui etiam ſibi legatum adſcripſit, veniam dari. Ego tutius eſſe puto, veniam petendam ab Imperatore: ſcilicet eo, quod relictum eſt, abſtinentibus.*

Teſtator vel manu ſua, vel manu alterius poteſt teſtamentum ſcribere. Si manu ſua ſcripſerit teſtamentum, holographum dicitur. Si manu alterius ſcriptum fuerit teſtamentum, ſolebat teſtator ſubſcribere, vel generaliter, puta his verbis, *dictavi*, vel ſpecialiter, puta his verbis *dictavi & recognovi*: & haec quidem ſubſcriptio ſpecialis efficit, ut extraneus, qui ſibi teſtamento aliquid adſcripſerit, illud habeat, nec in poenam SCti Liboniani

in-

Digitized by Google

incidat. Generalis autem ſubſcriptio ſufficit in ſervo vel filio, qui, jubente patre vel domino, aliquid eis adſcripſerint *l. 1. §. inter 9. D. h. t.* ſatius tamen exiſtimat Calliſtratus ut pater aut dominus veniam petant a Principe, qui ſolet ultro fatentibus delicta veniam indulgere *l. unic. C. Ne tutor vel curator.* verumtamen non putat, eos emolumentum legati debere conſequi. Quia enim venia SCti remittitur, non tamen hereditatis aut legati emolumentum debetur, quod ſibi adverſus SCtum adſcripſerunt. *l. 2 C. de His qui ſibi in teſtam.* &c.

*Ad §. Item 2. & §. Et Quatenus 3.*

§. 2. *ITem Senatus cenſuit: Ut ſi ſervus, domini ſui juſſu, teſtamento codicilliſve libertatem ſibi adſcripſerit, ob eam rem, quod ipſius manu adſcriptum eſt, minus liber ſit: ſed libertas ei ex fideicommiſſi cauſa praeſtatur, ſi modo poſt eam ſcripturam manu ſua teſtator teſtamento codicilliſve ſubſcripſerit.* §. 3. *Et quatenus de ſola ſpecie fideicommiſſae libertatis hoc Senatusconſulto continebatur, Divus Pius reſcripſit, ſententiam magis ſequendam eſſe hujus Senatuſconsulti, quam ſcripturam: nam ſervos, cum dominis ſuis parent, neceſſitate poteſtatis excuſari; ſi tamen accedat domini auctoritas, ſubſcribentis* ſe ea dictaſſe & recognoviſſe. *Videri enim ait ipſius domini manu ſcripta, cujus voluntate ea ſcripta ſunt. Quod tamen ( inquit ) ad liberas perſonas, in quas nullum jus teſtator habuerit, extendi non debet: quaeri tamen debet, ( an ) aeque ſubſequendi neceſſitas, & honeſta excuſatio eſt non facientibus, quod non ſit conceſſum.*

Si ſervus teſtamentum domini ſcripſiſſet, eoque ſibi libertatem fideicommiſſariam adſcripſiſſet, voluerat SCtum Libonianum, ut ea libertas fideicommiſſaria ſervo competeret, dummodo vel generaliter teſtator teſtamento ſubſcripſiſſet, quia ex ea ſubſcriptione conjiciebatur voluntas teſtatoria, cujus conjectura ſufficit ad fideicommiſſariam libertatem *l. etſi non adſcripta 9. C. de Fideicom. libert.* Ideo vero SCtum voluerat tantum fideicommiſſariam libertatem valere non directam, quam ſibi ſervus adſcripſiſſet, quia directa libertas ex ſubſcriptione teſtatoris induci non poterat, ut fideicommiſſaria.

Po-

Poſtea tamen D. Pius voluit & directam libertatem ſervo competere, ſi teſtator ſpecialiter ſubſcripſiſſet, quaſi ſervus juſſu domini id fecerit, & ſervis ignoſcendum ſit, ſi quid dominorum voluntate fecerint, modo ſceleris atrocitatem non habeat. *l. 2. in princip. D. de Noxalibus actionibus. l. Is qui 2. §. 7. D. quod vi aut clam. l. ad ea 157. D. de R. J.* ſi ſervus libertatem ſibi adſcripſerit domini teſtamento, & dominus teſtamento non ſubſcripſerit, poena quidem falſi ſervo remittitur, quia jubente domino teſtamentum ſcripſit, ſed ei libertas non competit, *l. ult. C. de His, qui ſibi adſcribunt in teſtam.* Quod ſi ſervus juſſu alterius, quam domini, teſtamentum ſcripſerit, eoque ſibi libertatem adſcripſerit, & poena SCti tenetur, eique libertas non competit, *l. impuberem 22. §. Item non 9. h. t.*

*Ad* §. *Matri* 4. & §. *Idem in fil.* 5.

§. 4. *Matri quoque, cui per ſervum ſuum, dictante filio, legatum ſcriptum eſſet, veniam tribuendam legis Corneliae placuit.* §. 5. *Idem in filiam, quae, dictante matre ſua, per ignorantiam juris legatum ſibi ſcripſerat, Senatus cenſuit.*

Sic videntur debere intelligi, ut poena legis Corneliae, ſeu SCti Liboniani liberi non teneantur, qui ſibi teſtamento adſcripſerint, ſed tantum legatum non conſequantur *l. 2. C. de His, qui in teſtam.* nam ſi filia ſcribens teſtamentum matris, ſibi legatum adſcripſerit ob ignorantiam juris excuſatur, ut non teneatur poena SCti, error enim juris in mulieribus excuſatur, ſi adverſus jus civile deliquerint. Paulus in *collat. leg. Moſaicae cum Romana tit. 6.* §. 3. Verum ignorantia juris prodeſſe non debet mulieribus in compendiis *l. 8. D. de Juris & facti ignorantia.* quae prodeſſet, ſi filia emolumentum legati conſequeretur. Tantum igitur poena remittitur, non etiam emolumentum ejus, quod ſibi adſcripſerit teſtamento, datur.

*Ad* §. *ultimum.*

§. 6. *Si quis duobus heredibus inſtitutis, adjecerit*, ut ſi alteruter heres ſine liberis deceſſiſſet, ei, qui ſupereſſet, & li-

B

liberos haberet, hereditas redderetur, vel, ſi uterque ſine liberis deceſſiſſet, hereditas deinde alia manu ſcriptori teſtamenti reſtitueretur: *placet teſtamentario poenam legis Corneliae remitti: ſed benignius eſt, ut etiam ea, quae ſupra ſcripta ſunt, ſimili modo conſequatur.*

Titius, qui teſtamentum alterius ſcribebat, ſibi eo teſtamento hereditatem fideicommiſſariam adſcripſerat, non pure, ſed ſub conditione illa, ſi heredes inſtituti, & invicem ſubſtituti ambo absque liberis deceſſerint, ut in *l. heredes mei* 57. §. 1. *D. ad SC. Trebellian.* & putat Calliſtratus, Titium teſtamentarium, id eſt qui teſtamentum ſcripſerit *l.* 9. §. 3. *D. de Hered. inſtituend. l.* 22. §. 10. *inf. h. t.* nec poena legis Corneliae teneri, ſed & hereditatem fideicommiſſariam, quandocumque conditio extiterit, debere conſequi, quia non pure Titius ſed ſub conditione eam hereditatem ſibi adſcripſerit.

### *Ad Leg.* XXVI. *D. de Poenis.*
### CALLISTRATUS Lib. 1. de Cognitionibus.

*CRimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere poteſt. Namque unuſquiſque ex ſuo admiſſo ſorti ſubjicitur: nec alieni criminis ſucceſſor conſtituitur: idque Divi Fratres Hierapolitanis reſcripſerunt.*

Apud quaſdam gentes liberi pro parentibus, & parentes pro liberis puniebantur. Ut apud Perſas Heliodorus *lib.* 4. *hiſtor. Aethiopicae ſub finem*. Aelianus *lib.* 15. *cap.* 2. Macedones. Curtius *lib.* 6. *de reb. geſtis Alexandri*. Graecos. id enim innuit Sinon apud Virgil. *lib.* 2. *Aeneidos v.* 138.

*Nec dulces natos exoptatumque parentem,*
*Quos illi ſors ad poenas ob noſtra repoſcent*
*Effugia, & culpam hanc miſerorum morte piabunt.*

Quare obſervare debemus in *h. l.* 26. D. Fratres Hierapolitanis ſcripſiſſe, apud quos leges iſtae ſervabantur, ut parentes pro liberis, & liberi pro parentibus punirentur: generaliter autem conſtituunt, paternam culpam vel crimen filiis non debere nocere.

Finge, motus eſt ſenatu pater, filius tamen Clariſſimi dignitatem

tem retinet *l.* 7. §. 2. *D. de Senatoribus l.* 2. §. 3. *D. de Decurionibus. l. generali* 34. §. 3. *D. de Ritu nuptiar.* neque etiam liberi innocentes propter delictum patris ab honoribus removentur *l.* 3. §. *quod pater* 9. *D. de Muneribus. dict. l.* 2. §. *nullum* 7. *D. de Decurion.*

Vel finge, patronus adegit libertum ad jusjurandum, ne uxorem duceret, jus patronatus amittit, non filius innocens *l.* 8. *in fin. D. de in jus vocando.* quia delicta ſeu crimina ſuos autores tantum tenere debent, non ad alios porrigi *l. ſancimus* 22. *C. eod. tit. de Poenis.* quamvis enim pater & filius una eademque perſona videantur *l. ult. C. de Imp. & aliis ſubſtitution.* tamen ad jus Civile magis referendum eſt quam ad naturam, ut filius eadem cum patre perſona videatur: quando aliquid patri dari ſtipulatur *l. quod dicitur* 130. *D. de V. O.* §. *ſi quis alii* 4. *Inſt. de Inutilib. ſtipul.* Natura autem patris & filii perſona diſtinguitur, ita ut alter ex alternis delictis, ſeu obligationibus non teneatur *l.* 1. 3. 4. *C. Ne filius pro patre.* neque obſtat quod ſi pater capitali ſupplicio damnatus fuerit, bona patris adimuntur, & ita liberi quodammodo ob paternum crimen puniuntur. Verum tamen legitima portio liberis jure naturali debita relinquitur, *l. cum ratio* 7. *D. de Bonis damnat.* niſi forte pater ex crimine majeſtatis damnatus fuerit, quod quia atrocius eſt, & omni crimine gravius, liberi paternis bonis omnino privantur, *l.* 5. §. 1. *C. ad Leg. Juliam majeſtatis.*

( Haec lex per errorem ex ſimilitudine autoris, & libri provenientem expoſita eſt loco *l. mandatis* 35. *eodem*, quae tantum vult, liberum hominem, ut in perpetuis habeatur vinculis, condemnari non poſſe ſecundum Antonini reſcriptum in *l. incredibile* 6. *C. eodem.* ſervos vero propter delicta ſua poſſe vinculis perpetuis coërceri, probat *l. ſervus* 10. *C. eod.* licet hoc perraro eveniat, argumento *d. l.* 6. *eod. tit. de Poenis.* )

AD LIBRUM II.

# QUAESTIONUM CALLISTRATI.

*Ad Leg.* IV. *D. de L. Rhodia de Jactu.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

N*Avis onuſtae levandae cauſa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, ſi quaedam merces in ſcapham trajectae ſunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipſo oſtio vel portu, eaque ſcapha ſummerſa eſt, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces ſalvas habent, cum his, qui in ſcapha perdiderunt. proinde, tanquam ſi jactura facta eſſet. Idque Sabinus quoque lib. 2. Reſponſorum probat. Contra, ſi ſcapha cum parte mercium ſalva eſt, navis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in navi perdiderunt: quia jactus in tributum nave ſalva venit.*

Romani ſuas leges condiderunt ex legibus Athenienſium, Lacedaemoniorum, atque etiam aliarum civitatum. Gellius *lib.* 20. *cap.* 1. *inquiſitis exploratiſque multarum urbium legibus*. Pomponius in *l.* 2. §.4. *D. de Origine juris* refert, Romanos leges XII. Tabul. ex Graecis civitatibus accepiſſe: & ita illi leges navales ſeu nauticas a Rhodiis acceperant, quas & Rhodias dixerunt, Iſidorus *lib.* 5. *Originum cap.* 17. in *hoc* vero *titulo* non de omnibus legibus Rhodiis agitur, ſed de quadam lege Rhodia de jactu mercium. Levandae navis gratia ſaepe enim expedit tempeſtate ſuborta jactum ſeu jacturam mercium fieri. ſi igitur vectores ſuas merces jecerint a caeteris, contributio debet fieri illius jacturae, quorum navem ſalvam eſſe interſuit, & illi quidem cum magiſtro navis agere poſſunt ex locato, vel conducto, ut adverſus caeteros agat, vel etiam merces eorum retineat *l.* 2. *in princip. D. h. t.*

Finge igitur, cum navis nimium onuſta mercibus in portum vel flumen intrare non poſſet, Titius merces ſuas in ſcapham immiſerat navis levandae gratia, ſed dum merces trajiciebantur, ſcapha perierat, querebatur, an caeteri, qui in nave merces habebant, contribuere deberent Titio, qui merces ſuas in ſcapha amiſerat,

& qui-

& quidem jactus non erat factus, & merces ſuo domino perire videbantur, ut caetera dominis ſuis pereunt, *l. pignus* 9. *C. de Pignor. act.* tamen ait Calliſtratus, caeteros, qui habebant merces in navi, Titio contributionem facere debere. idemque Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 7. *ad Leg. Rhodiam.*

Finge contra, navem periiſſe, ſcapham cum Titii mercibus ſalvam fuiſſe, non debet contribuere Titius caeteris, qui habebant merces in navi, nam toties fieri debet contributio, quoties navis ſalva manſerit.

*Ad* §. *Si navis* 1.

§. 1. *Sed ſi navis, quae in tempeſtate, jactu mercium unius mercatoris, levata eſt, in alio loco ſubmerſa eſt, & aliquorum mercatorum merces per urinatores extractae ſunt data mercede, rationem haberi debere ejus, cujus merces in navigatione levandae navis cauſa jactae ſunt, ab his, qui poſtea ſua per urinatores ſervaverunt, Sabinus aeque reſpondit. Eorum vero, qui ita ſervaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione jactum fecit, ſi quaedam ex his mercibus per urinatores extractae ſunt: eorum enim merces non poſſunt videri ſervandae navis cauſa jactae eſſe, quae periit.*

Cum navis tempeſtate laboraret, Titius mercium ſuarum jactum fecit: poſtea navis alia tempeſtate ſuborta periit. Sed quamvis mercatores merces ſuas ex naufragio per urinatores extractas receperint, putat Calliſtratus, eos Titio debere contribuere, qui jactum fecerat prima tempeſtate, ut navis ſalva eſſet. At ſi Titius tempeſtate prima ſuborta jactum fecerit, eaque tempeſtate navis perierit, non debent alii mercatores Titio contribuere; qui merces ſuas extraxerint, quia Titius ſalvam navem non fecit.

Urinatores autem hic dicuntur, qui in aquam ſeſe immergebant, ut merces vel jactas, vel naufragio amiſſas extraherent. Manilius *lib.* 5.

*Exportantque maris praedas, & rapta profundo*
*Naufragio.*

Cum piſcatoribus junguntur in antiqua inſcriptione apud Gruterum *pag.* 354. curatores corporis piſcatorium urinatorum.

Sed finge, Titium merces, quas jecerat, extraxiſſe per urinatores,

res, vel etiam ad littus appulſas inveniſſe, earum dominium recipit, niſi pro derelicto habuerit, cum eas jaceret, *l.* 8. *D. h. t. l.* 9. §. *alia* 8. *D. de Acq. rer. dom. l. interdum* 21. §. 1. *D. de Acq. vel amit. poſſ. l. falſus* 43. §. 1. *D. de Furtis.*

### *Ad* §. *ultimum.*

§. 2. *Cum autē jactus de nave factus eſt, & alicujus res, quae in navi remanſerunt, deteriores factae ſunt, videndum, an conferre cogendus ſit: quia non debet duplici damno onerari, & collationis, & quod res deteriores factae ſunt? Sed defendendum eſt, hunc conferre debere pretio praeſente rerum. itaque, verbi gratia, ſi vicenum merces duorum fuerunt, & alterius aſpergine decem eſſe coeperunt, ille, cujus res integrae ſunt, pro viginti conferat, hic pro decem. Poteſt tamen dici etiam illa ſententia, diſtinguentibus nobis, deteriores qua ex cauſa factae ſunt, id eſt, utrū propter jacta nudatis rebus damnum ſecutum eſt: an vero alia ex cauſa, veluti quod alicubi jacebant. merces in angulo aliquo & nuda penetravit, tunc enim conferre debebit. An ex priore cauſa collationis onus pati non debet: quia jactus etiam hunc laeſit. Adhuc numquid & ſi aſpergine propter jactum res deteriores factae ſunt. Sed diſtinctio ſubtilior adhibenda eſt, quid plus ſit, in damno an in collatione, ſi (verbi gratia) hae res viginti fuerunt, & collatio quidem facit decem, damnum autem duo: deducto hoc, quod damnum paſſus eſt, reliquum conferre debeat. Quid ergo, ſi plus in damno erit, quam in collatione? Utputa decem aureis res deteriores factae ſunt: duo autem collationis ſunt? Indubitate utrumque onus pati non debet. Sed hic videamus, num & ipſi conferre oporteat; quid enim intereſt, jactatas res meas amiſerim, an nudatas deteriores habere coeperim? Nam ſicut ei, qui perdiderit, ſubvenitur; ita & ei ſubveniri oportet, qui deteriores propter jactum res habere coeperit. haec ita Papirius Fronto reſpondit.*

Finge, Titii merces ob jactum aliarum mercium corruptae, & deteriores factae fuerant, non debet Titius contribuere iis, quorum merces jactae ſunt, ne duplici damno afficiatur. quod ita vult intelligi Calliſtratus, ſi ratione jactus merces Titii deteriores fa-

factae ſint, puta aſpergine, vel propter jacturam inundatis mercibus. Ita etiam putat, Titio contributionem fieri non debere, ſi plus ſit in damno corruptarum mercium quam in contributione jacturae? Sed ſi plus ſit in damno quam in contributione, adhuc putat, Titio caeteros contribuere vel conferre debere, quia nihil intereſt, utrum Titius merces ſuas jecerit, vel ob jactum deteriores factas habuerit. & quemadmodum contributio fit ei, qui merces jecit, ita quoque fieri debet ei, qui propter jactum merces ſuas deteriores habuit.

*Ad Leg.* LXXII. *D. de Evictionib.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*Cum plures fundi ſpecialiter nominatim uno inſtrumento emtionis interpoſito venierint, non utique alter alterius fundus pars videtur eſſe, ſed multi fundi una emtione continentur: & quemadmodum, ſi quis complura mancipia uno inſtrumento emtionis interpoſito vendiderit, evictionis actio in ſingula capita mancipiorum ſpectatur, & ſicut aliarum quoque rerum complurium una emtio facta ſit, inſtrumentum quidem emtionis interpoſitum unum eſt; evictionum autem tot actiones ſunt, quot & ſpecies rerum (ſunt) quae emptione comprehenſae ſunt: ita & in propoſito non utique prohibebitur emtor, evicto ex his uno fundo venditorem convenire, quod una cautione emtionis complures fundos mercatus comprehenderit.*

Evictio non eſt de ſubſtantia emtionis, quia ſine evictione poteſt conſiſtere, ſi convenerit, ut venditor nihil evictionis nomine praeſtare teneatur, *l. ex emto* 11. §. 2. *D. de Action. emt.* ſed evictio eſt de natura emtionis, *d. l. ex emto* 11. §. 1. ex caeteris venditionis, *l. ſi duo* 13. §. *qui juraverit* 3. *D. de Jurejurando. l.* 5. §. *eadem.* 7. *D. Rebus eorum, qui ſub tut.* ex his quae ſunt propriae emtionis, *l.* 5. *D. de Action. emti.* ex adminiculis emtionis, *l. pacta* 2. *D. de Contrahenda emtione.* nam ſi nihil inter emtorem & venditorem convenerit, nihilominus venditor de evictione tenetur, *l.* 6. *C. de Evictionibus.*

Finge ad *h. l.* 72. Titius vendiderat Maevio duos fundos, puta

Ti-

Titianum & Sempronianum, eoſque ſpecialiter & nominatim vendiderat, id eſt, ſeparatim, & nomine cujuſque fundi denominato, verum uno eodemque inſtrumento duorum fundorum venditio facta erat, cum evictus eſſet fundus Sempronianus Maevio, querebatur, an Maevius de evictione agere poſſet, vel ratione utriuſque fundi, vel ratione fundi Semproniani, qui evictus erat. Et ait Calliſtratus, tantum ratione fundi Semproniani Maevium agere poſſe, idque alio exemplo probat.

Finge, Titius plures ſervos vendidit Maevio eodem contractu: unus ex eis ſervus evictus eſt, non aget Maevius de evictione ratione omnium ſervorum, ſed tantum ratione illius, qui evictus fuerit. quae tamen ſpecies diſtinctionem recipit, utrum vel uno pretio ſimul omnes ſervi venierint, vel in ſingula capita pretium fuerit conſtitutum, *l. 34.& l. 36. D. de Evict ion.* Denique ſi plures res ſimul venierint eodem inſtrumento, una quidem eſt emtio ratione inſtrumenti, ſed plures ſunt emtiones ratione rerum, quae ſunt venditae, & ita cum plures res legatae ſunt, tot legata eſſe videntur, *l. 2. D. de Legat. 2. l. 3.& 4. D. de Pecul. legat.* tot ſunt ſtipulationes, quot res in ſtipulationem deducuntur, *l. quia 32. D. de Evict ion. l. 1. §.5. l. ſcire 29. l. ubi 75. §. penult. D. de V. obl.* Maevius igitur tantum agere poterit adverſus Titium venditorem, quanti interfuerit fundum Sempronianum ſibi evictum fuiſſe, perinde ac ſi fundus ille ſeparatim veniiſſet. Vulgo obſtare exiſtimant *l. ſi quis aliam 46. D. de Sol. & liber.*

Finge, Titius debebat C. Maevio, & duos fundos puta Titianum & Sempronianum volente Maevio in ſolutum dedit: evictus eſt fundus Sempronianus, non conſiſtit ſolutio ratione fundi Titiani. ſed ratio differentiae inter emtionem & ſolutionem haec aſſignari poteſt, quia emtio pro parte poteſt conſiſtere, licet pars rei venditae evincatur, *l. 1. & l. ſi fundo 53. D. h. t.* non autem ſolutio, quia ſolidum debet ſolvi, ut ab obligatione diſcedatur, nec putandum eſt, creditorem pro parte ſolutionem accipere voluiſſe, *l. 5. D. de Fide inſtrum.* expoſita eſt non ita pridem in *Tit. de Fid. inſtrum.*

*Ad Leg.* LXIV. *D. de Ritu nuptiar.*
CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*Libertum, eundemque tutorem pupillae, eo quod in matrimonium collocata ipſi tutori ſuo, vel filio ejus eſt, Senatus relegandum cenſuit.* So-

Solebat oratio Principum praecedere, & SCtum ſequi. Ita SCtum ſequutum eſt ad orationem D. Antonini, & Commodi, ne tutor pupillam ſuam vel ſibi vel filio ſuo nuptam collocaret, *l. tutor 15. D. de Sponſalibus. l. ult. D. de Legat. 1. l. 2. §. 1. D. de His, quae ut indignis. l. SCto 59. & l. ſi quis 60. D. h. t.* quae eſt ex libro ſingulari Pauli ad orationem D. Antonini, & Commodi. Eo igitur SCto prohibitae ſunt nuptiae inter tutorem, & pupillam, & filium tutoris, niſi pater id teſtamento voluerit, *l. tutor 36. D. h. t. l. 7. D. ad leg. Juliam de adulteriis*, vel ſi reſcripto Principis id fuerit impetratum, *l. 7. Cod. de Interdicto matrim. inter tutor. & pupill.* Rationem hujus SCti hic affert Calliſtratus, ne pupillae in re familiari circumſcriberentur ab his, qui rationem geſtae tutelae eis reddere compelluntur. unde, & ſi tutor rationem reddiderit, & pupilla tempus illud exceſſerit, intra quod reſtitutionem in integrum obtinere poteſt, tunc matrimonium inter tutorem, & pupillam conſtat, *l. 8. C. de Interdict. matrimon.* Inter caetera autem SCti capita unum hic refert Calliſtratus, ut ſi libertus tutor filiae patroni, eam ſibi, vel filio in matrimonium collocaſſet, relegaretur. Et quidem poena relegationis gravior liberto imponitur, qui propter manumiſſionis beneficium, majorem fidem erga patroni filiam habere debuit.

*Ad §. Senatuſconſulti 1.*

§. 1. S*enatuſconſulti, quo prohibentur tutores, & filii eorum pupillas ſuas ducere, puto heredem quoque tutoris extraneum ſententia adprehendi: cum ideo prohibuerit hujuſmodi nuptias, ne pupillae in re familiari circumſcribantur ab his, qui rationes eis geſtae tutelae reddere compelluntur.*

Cum verba legis deficiunt, ex ſententia earum fit interpretatio, *l. 13. D. de Legib.* Senatusconſulto comprehenſum fuerat, ne tutor, aut filius tutoris pupillam uxorem duceret. Calliſtratus ex ſententia SCti putat, etiam heredem tutoris extraneum non poſſe pupillam uxorem ducere: quia ſubſiſtit ratio SCti, ne poſſit heres tutoris rationes tutelae intervertere, & conturbare, & ita recte ex *h. loco* colligunt, ubi eadem ſit ratio, idem jus eſſe ſtatuendum.



Digitized by Google

*Ad* §. *Tutor.* 2.

§. 2. T*Utor autem pupilli non prohibetur filiam ſuam collocare pupillo ſuo in matrimonium.*

Tutor non prohibetur filiam ſuam pupillo collocare, nec curator adulto, *l. 5. C. de Interd. matr.* ratio differentiae manifeſta eſt, quia filia tutoris tranſit in poteſtatem pupilli, vel adulti, qui rationes tutelae vel curationis a tutore vel curatore ſemper exigere poterit, at cum pupilla tranſit in poteſtatem tutoris vel curatoris, non ita poteſt ab eo rationes exigere; & periculum eſt, ne in rationibus tutelae geſtae, aut curationis circumſcribatur.

*Ad Leg.* VIII. *D. de Jure dot.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

S*Ed niſi hoc evidenter actum fuerit, credendum eſt hoc agi*, ut ſtatim res ſponſi fiant; *& niſi nuptiae ſecutae fuerint, reddantur.*

Maevia Titio ſponſo res in dotem dederat: nuptiis non ſequutis, querebatur, qua actione Maevia res in dotem datas repetere poſſet, an vindicare, an condicere. Ulpianus in *l.* 7. §. *ult. D. h. t.* diſtinguebat, utrum Maevia res dederit eo animo, ut ſtatim Titii fierent, eo caſu nuptiis non ſequutis Maeviam poſſe res in dotem datas condicere, ſcilicet condictione cauſa data, cauſa non ſequuta: At ſi eo animo dederit, ut non prius Titii fierent, quam nuptiae ſequutae eſſent, Maeviam poſſe eas vindicare, quaſi dominium ab ea non diſceſſerit, aut nonniſi exiſtente conditione dominium transferre voluerit, *l. qui abſenti* 38. *D. de Acquirend. vel amitt. poſſ.* hic autem Calliſtratus in dubio quando non apparet, qua mente Maevia ſponſo res in dotem dederit, exiſtimat ſic dediſſe, ut ſtatim ſponſi fierent, ideoque nuptiis non ſequutis, Meviam non poſſe vindicare, ſed tantum condicere, eaque fuerat Juliani ſententia in *l.* 1. §. 2. *D. Pro dote.*

*Ad*

Digitized by Google

*Ad Leg.* XLVIII. *D. Solut. matrim.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*SI dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita ſit* , Ut liberorum nomine dos apud maritum reſideat : *nepotum quoque nomine dos ei retinebitur.*

*Ad Leg.* CCXX. *D. de verb. ſignific.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*LIberorum appellatione nepotes , & pronepotes , caeterique , qui ex his deſcendunt , continentur : hos enim omnes ſuorum appellatione lex* XII. *Tabularum comprehendit : totiens enim leges neceſſarium ducunt cognationum ſingularum nominibus uti , veluti* filii , nepotes , pronepotes , *caeterorumve , qui ex his deſcendunt , quotiens non omnibus , qui poſt eos ſunt , praeſtitum voluerint : ſed ſolis his ſuccurrent , quos nominatim enumerent. At ubi non perſonis certis , non quibuſdam gradibus praeſtatur , ſed omnibus , qui ex eodem genere orti ſunt , liberorum appellatione comprehenduntur.*

Profectitia dos, ſoluto matrimonio morte filiae , ad patrem ſuperſtitem revertebatur , quintis tantum in ſingulos liberos relictis , Ulpian. *lib. ſing. Regul. tit. 6. l.* 10. *Cod. Theod. de Dotib.* Ideo maritus in ſpecie *l.* 48. dotali inſtrumento , ſeu nuptialibus tabulis ſtipulatus erat , ut ſoluto matrimonio dos profectitio liberorum nomine apud ſe remaneret , ſed querebatur, an liberorum nomine nepotes accipi deberent , quod exiſtimat Calliſtratus in hac ſpecie , ut ſaepe alias liberorum appellatio ad nepotes extenditur *l.* 10. *D. de Senator. l.* 10. §. *liberos.* 9. *D. de In jus vocando. l. SCto* 59. *D. de Ritu nuptiarum. l.* 2. *D. de Excuſat. tutor. l. moris* 9. §. *liberos* 13. *D. de Poenis. l. natorum* 104. *& l. liberorum* 220. *D. de V. S.* in qua Calliſtratus ſpeciem *dict. l.* 48. exemplis illuſtrat , quomodo liberorum appellatione nepotes , & & pronepotes caeterique deinceps accipi debeant , id eſt , ex XII.

 Ta-

Tabulis, quia ſuorum appellatione eos omnes lex XII. Tabularum comprehenderat, §. *pen. Inſt. de Hereditat. quae ab inteſtato*, *l. 3. C. de Suis, & legitimis*, ſed tamen in legibus Julia, & Papia, quae certas perſonas enumeraverant, nempe uſque ad tertium gradum liberorum; liberorum appellatione tantum illi continentur, *l. unic. in princ. Cod. de Caducis tollend.*, & ad eas videtur reſpicere JCtus in *l. 10. §. parentes 7. D. de Gradibus & affinibus*, eaſque hic profecto intelligit Calliſtratus, ubicumque enim fere legum mentio fit, legem Juliam, & Papiam debemus intelligere.

*Ad* §. *Sed &* 1.

§. 1. S*Ed & Papirius Fronto lib. 3. Reſponſorum ait, praedio cum villico, & contubernali ejus, & filiis legato, nepotes quoque ex filiis contineri, niſi voluntas teſtatoris aliter habeat: filii enim appellatione ſaepe & nepotes accipi multifariam placere.*

Non ita late patet filiorum appellatio, ut liberorum, *l. 5. D. de Teſtam. tut. l. 2. §. non ſolum 7. D. de Excuſ. tutor.*, *& curat.* pater filium occidere poterat, *l. in ſuis 11. D. de Liberis*, *& poſth.* Non etiam avus nepotem, *l. 1. in fin. D. de Leg. Pompeja de Parricid. l. 20. D. ad Leg. Juliam de adult.* quia lex XII. filii mentionem fecerat, non nepotis, & propterea nepotes una tantum mancipatione ſolvebantur poteſtate avi, quaſi minus avo ſubjecti eſſent, *l. verum eſt 8. D. de Injuſto rupto*, ſed tamen Calliſtratus hic putat, filiorum appellatione nepotes contineri, & quidem eadem eſt filiorum, & liberorum appellatio, *l. Lucius 85. D. de Hered. inſtit. l. filii 84.*, *& l. Juſta 201. D. eod. tit. de V. S.*

*Ad* §. *Divus* 2. *&* §. *Praeter* 3.

§. 2. D*Ivus quoque Marcus reſcripſit, non videri ſine liberis defunctum, qui nepotem ſuum heredem reliquit.*
§. 3. *Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios,* qui liberorum procreandorum animo, & voto uxores ducunt, filiorum *appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, continere: nec enim dulciore nomine poſſumus nepotes noſtros, quam* filii *ap-*



Digitized by Google

*pellare, etenim idcirco filios, filiaſve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquatur*.

Si quis rogatus fuerit reſtituere hereditatem ſub hac conditione, ſi abſque liberis deceſſerit, fideicommiſſi conditio deficit, ſi nepotem, vel alios ulterioris gradus reliquerit, *l. generaliter 6. verſ. Cum autem. C. de Inſt. & Subſt.* vel etiam nepotes ex filia *l. 1. C. de Condit. Inſert.* §. *ultimus* proprie pertinet ad interpretationem *l.* 84. *D. de Solutionibus*, ut oſtendat Calliſtratus in dotali inſtrumento liberorum appellatione nepotes debere accipi. Poſtquam igitur ille ex XII. tabulis, reſponſis prudentum, nempe Papirii Frontonis, & reſcriptis Principum, nempe D. Marci, interpretationem ſuam firmavit, liberorum appellatione nepotes, & alios deſcendentes in infinitum debere accipi, id oſtendit eſſe etiam ex jure naturali, quia filiorum ſeu liberorum mentione facta in nuptialibus tabulis, parentes non minus de liberis ulteriorum graduum, puta nepotibus, & deinceps, quam de liberis in gradus cogitent, ad diuturnitatis memoriam, ut hic loquitur Calliſtratus vel ad immortalitatem, ut Juſtinian. *Novell.* 22. *in princip.* ad futurorum ſpem annorum, ut Quintilian. *declam.* 344. Unde Plautus eleganter liberos eſſe dixit monumenta, *in Milit. glorioſ. Act.* 3. *ſc.* 1. *v.* 110. At illa laus eſt magna in genere, & in divitiis maximis, liberos hominem educare generi monumentum, & ſibi, nam veluti *monumentum eſt, quod ſervandae memoriae gratia exiſtat*, *l.* 2. §. 6. *D. de Religioſ.* ita liberi ſunt monumenta ad ſervandam parentum memoriam, vel ad diuturnitatis memoriam, ut hic Calliſtratus. Inde etiam Artemidor. *lib.* 2. *Oneiroc. cap.* 54. & *cap.* 66. interpretatur ſomnium eorum, qui in ſomniis monumenta vident; fore ut liberos habeant, quia liberi ſunt monumenta.

## *Ad Leg.* LXXXII. *D. de Condit. & demon.*

## CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

C*Um ſervus ita liber eſſe juſſit*, ſi rationes reddiderit, eique fundum heres dare damnas ſit: *videamus, utrum conditio libertati praepoſita ſit, an vero & legato: & quidem ſi liberta-*

*tati ſoli accipiamus praepoſitam, nullus tractatus amplius ſupereſt: nam legatum purum invenitur; & ideo inutile ſit, quod ſi conditio etiam legato inſita ſit, quod quidam recte putant, ſimul cum libertate dies quoque legati utiliter cedit. Quid ergo continetur his verbis*, ſi rationes reddiderit? *Quidam hoc ajunt, ſi reliqua reddiderit: quaſi nihil interſit, utrum ſub hac conditione* ſi reliqua, *vel ſi hac*, ſi rationes reddiderit. *Sed nos neque conditionem meram putamus eſſe, quae in datione exiſtit, neque meram conditionem, quae in facto ſit, ſed eam conditionem, quae ex mixtura quadam conſiſtit, nam non utique, ſi ille in ſolle reliqua obtulerit, liber erit: non enim teſtator hoc ſenſit; ſed illud, ut rationes reddat, quomodo ſervus reddere ſolet, id eſt, legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari poſſit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte. Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. Ineſt his verbis etiam, heredes notitia inſtrui rationum, ut ſciant, quid in quaque ratione ſcriptum ſit, nam quod ipſe vivus facturus erat, ab heredibus ſuis fieri juſſiſſe intelligitur: ille autem utique non ſic ſolebat ſervo ſuo oſtendenti reliqua, rationes ſubſcribere; ſed ita ut legeret, examinaret; exciperet. Itaque cum ſervo ſub hac conditione teſtamento libertas datur*, ſi rationes reddiderit, *non hanc ſolam habet ſignificationem, ſi cautiones inſtrumentaque omnia actus ſui exhibuerit heredi: ſed & ſi reliqua ſolverit.*

Si ſervus pure fuiſſet manumiſſus teſtamento, qui negotia domini adminiſtraſſet, tenebatur quidem rationes reddere, non tamen, quod reliquum erat, ſolvere *l. ſi pure* 37. *D. de Fideicommiſſar. libertat.*

Sed finge, Titius ita Sticho ſervo ſuo libertatem reliquerat, Stichus liber eſto, ſi rationes reddiderit, eique heres meus fundum dare damnas eſto, quaerebatur, an conditio iſta, *ſi rationes reddiderit*, quae erat media inter libertatem, & legatum, ad libertatem tantum, vel ad libertatem ſimul, & legatum referri deberet: an teſtator voluiſſet Stichum non aliter libertatem habere, neque aliter ei fundum legare, quam ſi rationes reddidiſſet, & quidem ſi libertati ſoli inſit conditio, ſi ad libertatem ſolam referatur non ad legatum, putat Calliſtratus legatum fundi, quod
eſt

eſt purum, & ad quod conditio non refertur, fieri inutile. (Ita optime in Pandectis Florent. abſque negatione legitur, in quibuſdam legitur *non inutile*, & ita legerat Accurſius:) Ratio haec eſt quia ab adita hereditate dicti legati cedit: quo tempore ſervus nondum liber eſt, cum non niſi poſt aditam hereditatem rationes heredibus reddere, & ita conditionem implere poſſit, *l. quaeſitum eſt* 91. §. 1. *D. de Legat.* 1. *l. Julianus* 86. *D. h. t.* Legatum propterea eſt inutile, quod dominus abſque libertate inutiliter ſervo proprio legatum relinquat, *l. ſervus* 76. *D. de Heredibus inſtituendis*, *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim* 9. *D. de Legat.* 1. *l. licet* 20. *D. de Adimend. vel transfer. legat.* At Stichus, qui rationes nondum reddidit, liber non eſt eo tempore, quo dies legati cedit, & ita legatum purum fit inutile, quando libertas ſub conditione relicta eſt, maxime ſi ſervus ſub conditione liber eſſe juſſus, ante aditam hereditatem, ut in ſpecie *h. l.* 82. conditioni parere non potuit, *d. l. quaeſitum* 91. *D. de Legat.* 1.

Calliſtratus autem magis putat, conditionem, quae poſita fuit inter libertatem, & legatum, ad utrumque eſſe referendam, & libertati, & legato ineſſe, ſcilicet ut cum Stichus rationes reddiderit, & libertatem habeat, & legatum fundi ei debeatur.

Quaedam conditiones in dando tantum conſiſtunt, puta, ſi Stichus decem dederit, liber eſto, quaedam in faciendo tantum, puta ſi Stichus in capitolium aſcenderit, quaedam in utroque conſiſtunt, in dando, & faciendo, puta ſi Stichus rationes reddiderit, haec conditio ſimul in facto, & datione conſiſtit. In facto, quia tenetur ſervus rationes diſpungendas, examinandas, & computandas heredibus offerre, adminiſtrationem actus ſui reddere, & volumina ipſarum rationum. In datione, quia tenetur ſervus id, quod reliquum fuerit ex rationibus, heredibus ſolvere, *l.* 6. §. *ult. D. de Statulib.*

Calliſtratus eleganter ait, *hanc conditionem non eſſe meram*, id eſt non ſolum conſiſtere in dando, aut ſolum in faciendo, ſed ex mixtura quadam, & facti & dationis conſiſtere. Ita imperium non merum eſſe, quod non eſt ſolum, *l. ult. D. de Officio ejus, cui mandata eſt juriſdict.* quod eſt mixtum, & cui juriſdictio ineſt, *l.* 3. *D. de Juriſdict.* In his magiſtratibus, puta qui habent imperium, & juriſdictionem, non in minoribus magiſtratibus, qui ſunt ſine imperio, *l. nec Magiſtratib.* 32. *D. de Injuriis.* Cum

igi-

igitur haec conditio, *ſi rationes reddiderit*, partim factum partim dationem contineat, Stichus ſub hac conditione liber eſſe juſſus ad libertatem non perveniet, ſi reliqua offerat in folle, id eſt, in ſacco, ut Vegetius interpretatur *lib. 2. de Re militari cap.* 20. vel in pera, & mantica ut *gloſſae* Philoxeni. debet praeterea Stichus rationes ſeu volumina rationum reddere, nec ſatis erit reddidiſſe, niſi & reliqua heredibus praeſtiterit, *l. quamvis* 32. *l. Julius* 81. *l. Qui ſub* 111. *h. tit. l. non ſolum* 8. §. *is qui* 5. *D. de Liberat. legat. l.* 8. *& l. ſi ita* 13. §. *haec quaeſtio* 2. *D. de Manumiſſis teſtament. d. l.* 6. §. *ult. D. de Statuliberis. l. Boves* 89. §. 2. *D. de V. S.*

*Ad Leg.* XXXVII. *D. de Liber. cauſa.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*Conventio privata neque ſervum quemquam, neque libertum alicujus facere poteſt.*

Certis modis liberi homines in ſervitutem rediguntur, jure gentium, ut captivitate, & jure civili, veluti cum *major* 25. *annis ad pretium participandum vaenire ſe paſſus eſt*, *l.* 5. §. 1. *D. de Statu hominum*, quod SCto Claudiano videtur inductum, ut deprehenditur ex *l.* 3. & ex inſcriptione *l. ult. D. Quibus ad libertatem proclamar. non licet*, quo SCto mulier libertatem amittebat, quae ſervi nuptias ſequuta fuiſſet §. 2. *Inſt. de ſucceſſ. ſublatis*. Ea res ſic gerebatur inter has perſonas emtorem, venditorem, & eum qui ſe vaenire patiebatur. Dicebat venditor, Titius puta, ſibi ſervire, & vendebat emtori ignoranti, alioqui ſi ſciens emiſſet, venditus homo ad libertatem proclamare potuiſſet, *l.* 7. §. *ſi quis ſciens* 2. *D. h. t.* & *d. l. ult. D. Quibus ad libertat.* Titius, qui ſe ſervum eſſe finxerat, pretium venditionis partiebatur cum venditore. Teoph. in §. *ſervi autem* 4. *Inſt. de jure perſonarum*, ſed ſi ita ſe ad pretium participandum vaenire paſſus eſſet, ad libertatem proclamare non poterat, vel etiam ſi ſe ad actum gerendum vaenalem praebuiſſet, *l.* 6. §. *irritam* 5. *D. de Injuſt. rupto*, *& ir.* id eſt ut actum ſeu adminiſtrationem cujuſdam rei privatae, vel publicae ſuſciperet, & ex eo aliquid

Digitized by Google

liquid lucri faceret, *l.* 2. *Cod. Theod. de Liberal. cauſa*, nam tales ſenatus libertate indignos putavit, qui libertatem, rem inaeſtimabilem, pretio aliquo minimo vendere voluiſſent.

Sed quaeri ſolet, quid prodeſſet libero homini vendito pretium participaſſe, vel actum gerere, ut eo aliquid lucri faceret, cum ſervus nihil proprium habere poſſit, & quodcumque acquirat, ſtatim domino acquiratur, *l. placet* 79. *D. de Adquirend. vel omittend. hered.* dicendum eſt, ſervos aliquid proprium conniventibus dominis habere potuiſſe, *l.* 4. §. 1. *D. de Manumiſſ.*

Finge ad ſpeciem *h. l.* 37. Titius liber homo pactus erat, ut Maevio ſerviret, non propterea Titius erit ſervus Maevii, quia conventio privata ſervum facere non poteſt, niſi pretium participaverit, *l. cum pacto* 40. *D. h. t. l.* 5. *C. eod. tit. de Liber. cauſa*, ita ſola actus geſtio ſeu adminiſtratio ſervum non facit, *l. liberos* 10. *C. eod.* & *leg.* 1. *C. Ne quis liber invitus actum gerere cogatur*, niſi convenerit, ut pretium, ſeu lucrum aliquod ex adminiſtratione actus ſui liber homo venditus participaret. Quemadmodum igitur privata conventio ſervum facere non poteſt, ita nec libertum, quia & ſervi & liberti certis modis fiunt, ut manumiſſione, *l.* 6. *D. de Statu hominum*, & ſententia ſeu re judicata, *l. ſi juravero* 14. *D. de Jure patronatus.*

### *Ad Leg.* LIX. *D. de Adquir. rer. domin.*

### CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

**R***Es ex mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam ſi mihi tradiderit, qui emit.*

Per liberam perſonam nobis obligatio acquiri non poteſt, *l. ſolutum* 11. §. *per liberam* 6. *D. de Pignorat. action. l. poſſeſſio* 49. §. *ult. D. de Adquirenda vel amittenda poſſeſſione, l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *D. de V. O.* ſed tamen dominium, & poſſeſſio per liberam perſonam, puta per procuratorem, nobis acquiritur: dominium, ſi dominus fuerit, qui tradidit, *l. ſi procurator* 13. *D. h. tit.* poſſeſſio, ſi non fuerit dominus, *l. Communis* 42. §. 1. *D. de Adquirenda vel amittenda poſſeſſione.*

Finge ad *h. l.* 59. Titius mandavit Maevio procuratori ſuo,



Digitized by Google

ut ſibi fundum emeret, Maevius fundum emit, & ſuo nomine, non Titii, accepit. Calliſtratus ait, dominium fundi Titio quaeſitum non eſſe, antequam Maevius ei fundum tradiderit, quia ſcilicet Maevius procurator ſuo nomine fundum acceperat, ſi vero nomine Titii mandantis accepiſſet, fundi dominium Titio per Maevium procuratorem quaeſitum fuiſſet, *d. l.* 13. *D. h. tit.*

Obſtare exiſtimant *l. qui mihi* 13. *D. de Donat.* ubi res Titio acquiritur ex donatione, licet procurator eam ſuo nomine acceperit, non Titii nomine: ſed dicendum eſt, aliud conſtitui debere in ſpecie *h. l.* 59. quia Maevius procurator rem emerat, & rem ſibi traditam ſuo nomine acceperat, cum venditor nullum alium animum haberet, quam ut Maevio emtori traderet. At in *dict. l.* 13. *D. de Donat.* donator eo animo rem ſuam tradebat, ut Titio, non procuratori, acquiſitam eſſe vellet.

## *Ad Leg.* xx. *D. Quae in fraud. cred. &c.*

## CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*Debitorem, qui ex Senatuſconſulto Trebelliano totam hereditatem reſtituit, placet, non videri in fraudem creditorum alienaſſe portionem, quam retinere potuiſſet, ſed magis fideliter facere.*

Heres inſtitutus, & rogatus reſtituere hereditatem, eam vel ex SCto Trebell. vel ex SCto Pegaſiano: ex Trebelliano, ſi deducta, percepta, aut retenta quarta, hereditatem reſtituere juſſus erat. Ex SCto Pegaſiano reſtituebat, quoties nihil, vel minus quarta heredi inſtituto teſtator reliquerat, Ulpian. *lib. ſing. regular. tit.* 25. §. 14. & §. *ergo* 6. *Inſt. de Fideicomm. hered.*

Finge ad *h. l.* 20. Titius Maevium multis creditoribus obaeratum heredem inſtituit, & rogavit, hereditatem reſtituere deducta vel retenta quarta, ut ita Trebelliano locus fuerit. Maevius totam hereditatem reſtituit Sempronio, non retenta quarta, quam retinere poterat: id quidem in fraudem creditorum factum videri poterat, quia Maevius retenta quarta locupletior fuiſſet, & facilius creditoribus ſuis ſatisfacere potuiſſet; tamen ait Calliſtratus, non videri Maevium eam quartam in fraudem creditorum

rum

rum alienaſſe; ſcilicet, ut non poſſint creditores Pauliana, ſeu in factum actione eam alienationem revocare, *l.* 14. *D. h. t.* §. 6. *Inſt. de Action.* quia Maevius non tam videtur animum fraudandi creditores habuiſſe, quam ut teſtatori pleniorem fidem exhiberet, qui ſolidam hereditatem abſque ulla deductione, ſeu retentione reſtituere voluerit, *l.* 5. §. *ſi quis rogatus* 15. *D. de Donat. inter vir. l. qui totam* 45. *D. ad SCtum Trebell. l. patrem* 19. *D. h. t. l.* 1. *C. ad Leg. Falcid.* & quamquam teſtator non rogaſſet, totam hereditatem reſtituere, tamen ſaepe aliquid teſtator voluiſſe intelligitur, de quo heredem non rogaverit, *d. l.* 15. §. *ſi quis rogatus* 15. *D. de Donat. inter vir.*

*Ad Leg.* VII. *D. de Incend. ruin. naufr.*

CALLISTRATUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*Ne quid ex naufragiis diripiatur, vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam proſpectum eſt. Nam & Divus Hadrianus Edicto praecepit, ut hi, qui juxta littora magis poſſident, ſcirent, quando navis vel inficta, vel fracta inter fines agri cujuſque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipſos judicia Praeſides his, qui res ſuas direptas queruntur, redituros: ut quicquid probaverint ademtum ſibi naufragio, id a poſſeſſoribus recipiant. De his autem quod diripuiſſe probatum ſit, Praeſidem, ut de latronibus, gravem ſententiam dicere. Ut facilior ſit probatio hujuſmodi admiſſi, permiſit his, & quidquid paſſos ſe hujuſmodi queruntur, adire Praefectos, & ad eum teſtari, reoſque petere, ut pro modo culpae vel vincti, vel ſub fidejuſſoribus ad Praeſidem remittantur. A domino quoque poſſeſſionis, in qua id admiſſum dicatur, ſatis accipi, nec cognitioni deſit, praecipitur. Sed nec intervenire naufragiis colligendis aut militem, aut privatum, aut libertum ſervumve Principis, placere ſibi ait Senatus.*

Ad naufragia colligenda pleroſque occurrere ſolitos deprehenditur in *h. l.* 7. *ſub finem*, nam, ut eleganter Petrus Chryſologus *ſermon.* 7. *ubi eſt neceſſitas, fures deeſſe non poſſunt*. Sed ait Calliſtratus, ideo multifariam proſpectum fuiſſe, ne quid ex nau-

fragiis diriperetur, vel ne quis colligendis naufragiis interveni-ret, expugnata forte, aut ejecta nave, 1. enim ſi qui naufragia diripuerint, criminali actione conveniri poſſunt, ut in corpus puniantur, *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* & ita intelligere debemus *l. in eum* 18. *C. de furtis*. Tum & forenſibus, ſeu civilibus actionibus tenentur, 1. furti, & ea, quae ſpecialiter hoc Edicto proponitur, in quadruplum, Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 3. §. 2. *d.l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Praeterea SCto Claudianis temporibus facto, cautum fuit, ut is, qui vel unum clavum navis naufragio abſtuliſſet, omnium rerum nomine teneretur. Alio SCto, ut poena quadruplex fiſco inferretur *l.* 3. §. *ult. D. h. t.* denique conſtitutionibus, & reſcriptis Principum ſaepe de eadem re proſpectum fuit, veluti reſcripto Adriani, quod refert Calliſtratus in *h. l.* 7. Antonini *l.* 4. Severi, & Antonini *l. ult. h. t.* ipſis igitur dominis, non alias, res ſuas colligere permittitur, quia domini earum eſſe non deſinunt, niſi pro derelicto habuerint, *l. Pomponius* 44. *& l. Quaecumque* 58. *D. de Adquirendo rer. dom.* Caeterum obſervandum eſt, actionem ex hoc Edicto competere, non modo adverſus eos, qui nave expugnata aliquid abſtraxerint, ſed etiam ſi, domo vel villa expugnatis, aliquid rapiatur, *d. l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Quod nominatim obſervandum putavit Balſamo ad *can.* 2. *ep. can.* Gregor. Thaumaturgi, ubi Gregorius, tempus, quod omnibus exitium afferebat, exiſtimare eſſe ſibi lucri tempus. eſt hominum impiorum, & Deo inviſorum, & quorum improbitati nihil poteſt adjici. Expoſita ſunt fragmenta ex Lib. 2. Quaeſtion. Calliſtrati, niſi quod ex Lib. 1. Quaeſtion. deeſt *l.* 35. *D. de Poenis* cujus loco *l.* 25. *D. eodem tit.* poſuimus, quae eſt ex Libro primo Cognition. Calliſtrati in Pand. Florent. in quibuſdam tamen Codicibus tribuitur Lib. 1. Quaeſtion.

(Hoſce Libros Quaeſtionum Calliſtrati, explicare orſus eſt Edmundus Merillius 12. Kalendar. Auguſti, perfecit vero eoſdem exponere 15. Kal. Septemb. Anno Dom. 1617.)

ED-

# EDMUNDI MERILLII
AD
# TITULUM DIGESTORUM
DE
## SERVITUTIBUS;
# COMMENTARIUS.

LEX I. MARCIANUS Lib. 3. Regularum.

S*Ervitutes aut perſonarum ſunt, ut uſus & uſusfructus: aut rerum, ut ſervitutes ruſticorum praediorum, & urbanorum.*

Servitutes perſonarum ſunt, per quas res perſonis ſerviunt. Servitutes rerum ſunt, per quas res rebus, ſeu praedia praediis ſerviunt. perſonarum ſervitutes dicuntur hominum ſervitutes, *l. quoties* 15. *h. t. l. ſi mihi* 20. *in fin. D. de ſervitutib. ruſticor. praedior.* veluti eſt uſusfructus qui perſonae cohaeret, *l.* 3. *in fin. D. quibus modis uſusfructus aut uſus amit.* ex perſona ſtat, *l. unica* §. 2. *D. quando dies uſusfr. leg. cedat.* conjunctus eſt perſonae, *l. Sempron.* 26. *D. de uſu, uſufr. & red. leg.* ſervitutes rerum ſunt jura praediorum, *l. qui fundum* 12. *D. quemadmod. ſervit. amitt.* qualitates, ſeu habitus praediorum, *l. via* 23. §. 2. *D. de ſervitutib. praedior. ruſticor.* praedia generaliter ſe habentia, *l. quid aliud.* 86. *D. de V. S.* ſervitutes rerum ſunt urbanorum, & ruſticorum praediorum ſervitutes. urbana praedia a ruſticis non loco, ſed genere uſus, ſeu materia diſtinguuntur, *l. urbana* 198. *D. de V. S.* quomodo & ſervi urbani a ruſticis diſtinguuntur, *l. ſervis* 99. *D. de legat.* 3. *l. urbana* 166. *D. de V. S.* penus & ſupellex urbana a ruſtica, *l.* 4. §. *quod ſi* 5. *D. de penu legata. l. quemadm.* 12. *D. de ſupellect. legat.* aedes urbanae & ruſticae, *l. caetera* 41. §. *ſed ſi quis* 5. *D. de legat.* 1. praedium urbanum ruſtico, vel contra ru-

ſti-

ſticum urbano ſervire poteſt, *l. cum fundus* 12. *D. communia praedior.* ſi praedium ruſticum debeat ſervitutem urbano, erit urbana ſervitus, ſi praedium urbanum debeat ſervitutem ruſtico, erit ruſtica ſervitus, etenim ſemper in ſervitutibus inſpicitur, non quod ſerviat, ſed cui ſerviatur, ut ab eo cui ſervitus debetur, ſervitus appelletur, quare ſervitutes perſonarum debentur, quibus res, vel praedia debent ſervitutem; denominatione ſervitutis facta non a rebus, quae ſerviunt, ſed a perſonis, quibus debetur ſervitus. Porro iſtae praediorum ſervitutes etiam perſonarum eſſe poſſunt, puta, jus aquae hauriendae eſt magis ſervitus praedii, quam perſonae, *d. l.* 20. *in fin. D. de Servit. praedior. ruſtic.* & tamen uſus aquae perſonalis eſſe poteſt, *l. uſus* 21. *D. de Uſu & Habitat.* Jus aquae ducendae e rivo, vel fonte, ut ſervitus ruſtici praedii, *l.* 2. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* & tamen quandoque jus aquae ducendae perſonae conceditur, *l. Lucius* 37. *D. eod. tit. l.* 1. §. *& datur* 43. *D. de Aqua quotid. & aeſtiv.* jus pecoris paſcendi, & pecoris ad aquam appellendi eſt ſervitus ruſtici praedii, *l.* 4. *D. de Servit. praed. ruſtic.* ſed tamen perſonae gratia conſtitui poteſt, *l. ſi quis* 32. *D. de Uſufruct. & quemadm. l. Mela* 14. §. 3. *D. de Aliment. & cibar. legat.* Iter eſt ſervitus praedii urbani, vel ruſtici, & tamen jus itineris ſeu jus eundi perſonae recte conceditur, *l. penult. D. de Servit. legat.* multum vero intereſt, utrum iſtae ſervitutes rerum vel perſonarum gratia fuerint conſtitutae; nam ſi rerum gratia aut praediorum, ad heredes tranſeunt, *l.* 3. *D. Quemadmodum ſervitus amittatur.* ſi perſonarum gratia, cum ipſis perſonis extinguuntur, nec ad heredes tranſeunt, *d. l. uſus* 21. *D. de Uſu & habit. l.* 3. §. *ult. D. Quemadmod. uſus vel uſusfr. amitt. d. l. pen. D. de Servit. praedior. ruſticor. l.* 8. §. 3. *D. de Liberat. legat.* Praeterea ſervitutes rerum inutiliter relinquuntur, niſi his qui vicinum praedium habeant, *l.* 1. §. 1. *D. Comm. praedior.* at ſervitutes perſonarum relinqui poſſunt iis, qui vicinum praedium non habent, *d. l. Mela* 14. §. 3. *D. de Alimentis & cibariis legatis.*

### LEX II. ULPIANUS Lib. 17. ad Edictum.

*UNus ex dominis communium aedium ſervitutem imponere non poteſt.*

Ti-

Titius & Maevius habebant aedes communes, Titius Sempronio vicino ſervitutem ceſſit, puta ut liceret ſemper in aedes communes tignum immittere. ait Ulpianus, Titium eam ſervitutem communibus aedibus non poſſe imponere, invito ſocio ſcilicet. Unde Ulpianus eodem lib. 17. ad Edictum interpretabatur, *quomodo invitum in ſervitutibus accipere deberemus*, *l. 5. D. de Servit. praedior. urban.* Plures domini unius ejuſdem rei eſſe poſſunt pro indiviſo, non diviſis partibus, *l. Pomponius* 8. *D. de Rei vind. l.* 4. §. *ult. D. de Rebus eorum, qui ſub tutel.* Iique in re communi partes habent magis intellectu, quam corpore, *l. Maevius 66.* §. 2. *D. de Legat.* 2. *l.* 5. *D. de Stipulatione ſervorum*. Cum igitur Titius & Maevius eſſent domini pro indiviſo communium aedium, ſic videtur Titius ſolus communibus aedibus potuiſſe ſervitutem imponere. Qua ratione putabat Labeo, fundo communi legato, totum fundum deberi, non partem fundi, *l.* 5. *D. de Legat.* 1. quaſi teſtator totius fundi dominus eſſet, verum ſocius in re communi invito ſocio nihil facere poteſt, *l. Sabinus* 28. *D. Communi dividundo.* non aedificare, *l. an unus* 11. *D. ſi Servitus vind.* non parietem communem reficere, *l.* 8. *D. de Servit. praedior. urb. l. ſi aedes* 12. *D. Communi dividundo.* non communem locum religioſum facere illatione mortui, *l.* 2. §. 1. *verſ. An & ſocius. D. de Religioſis.* non communi ſervo libertatem imponere, *l. duobus* 30. *D. de Liberali cauſa.* §. *ult. Inſt. de Donat.* Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 32. nec plus quam partem ex re communi alienare, *l. nemo* 68. *D. pro Socio.* non igitur communibus aedibus, aut communi fundo ſervitutem imponere, *l.* 6. §. 2. *D. Commun. praedior.* ſed nec volente ſocio unus ex dominis ſervitutem communibus aedibus recte imponeret, quia ſervitus pro parte conſtitui non poteſt, *l. unus* 34. *D. de Servitutib. praed. ruſt. d. l.* 6. §. 1. *D. commun. praedior.* ſervitus diviſionem non recipit, *l.* 3. §. 4. *D. ſi Servitus vind.* At id, quod nobis cum alio commune eſt, non niſi pro parte noſtrum eſt, *d. l. parietem* 8. *D. de Servit. urban. praed. l. illud* 46. *D. de ritu nuptiar. l. recte* 25. *D. de V. S.* Tantum igitur unus ex dominis pro parte ſervitutem communibus aedibus, aut communi fundo imponeret.

Sed maxime obſtare videtur, quod plures domini ejuſdem fundi poſſint ſervitutem communi fundo ſeparatim imponere, puta, Titius poteſt cedere ſeparatim Sempronio vicino, ut per commu-

nem

nem fundum ei agere, ire liceat, *l. per fundum* 11. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* non imponitur ſervitus, ſi unus ex dominis eam ceſſerit; nec ſi Titius ceſſerit jus eundi per fundum communem, ideo impoſita erit ſervitus, ſed tum demum cum alii quoque jus eundi ceſserint; & noviſſima ceſſione ſervitus imponitur, *l. ult. D. Commun. praedior.*

Praeterea obſtare videtur *l. in re communi* 26. *D. de Servit. praedior. urban.* ex qua inferas, unum ex dominis non poſſe alterum prohibere, quominus in re communi aliquid faciat, & ita ſervitutem imponat: Imo jus eſt prohibendi, & potior eſt cauſa illius, qui prohibet, quam qui aliquid facere conatur in re communi, *d. l.* 2. *D. Si ſerv. vind.* Attamen unus ex dominis non poteſt alterum prohibere jure ſervitutis, *d. l.* 26. *D. de Servit. praed. urban.* id eſt, agere negatoria in rem actione, quae prodita eſt ſervitutum nomine, *l.* 2. *D. Si ſervitus vindic.* ita ſocius prohibere non poteſt ſocium, ne in communem locum mortuum inferat; & ſi prohibitus fuerit, aget adverſus ſocium actione in factum, *d. l.* 6. §. 6. *D. Communi dividundo.* quae ſcilicet competit ei, qui, cum habeat jus inferendi mortuum, ab alio inferre prohibetur, *l.* 8. §. *ult. D. de Religioſ.* ita ſocius ſocio in re communi novum opus nunciare non poteſt, quaſi ſocius non habeat jus aedificandi in re communi, *l.* 3. §. 1. *D. de Novi oper. nunciat.*

Lex III. Paulus Lib. 12. ad Edictum.

S*ervitutes praediorum aliae in ſolo, aliae in ſuperficie conſiſtunt.*

Superficies ſolo cohaeret, *l. obligationum* 44. §. 1. *D. de Obligation. & action.* ſolum eſt *area*, *l. ſolum* 49. *D. de Rei vind. l. qui res* 98. §. *ult. D. de Solut.* ſuperficies eſt aedificium, *l. cum qui* 23. *& l. nunquam* 26. *D. de Uſurpation. & uſucap.* vel aliud quod ſolo imponitur, *l. certo* 12. *de Servitut. praedior. ruſt.* naturali ratione ſuperficies ad dominum ſoli pertinet, *l. qui domum* 50. *D. ad Legem Aquiliam.* ſed tamen ſolum alterius & ſuperficies alterius eſſe poſſunt, *l. hoc amplius* 9. §. 4. *D. de Damno infecto.* puta, ſi dominus ſoli ſuperficiem ſoli ſui alii locaverit vel vendiderit, *l.* 1. §. 1. *D. de Superficiebus.* Superficiarius dicitur, qui ſuper-

Digitized by Google

perficiem ita habet conductam vel emtam in alieno ſolo, & eſt veluti inquilinus, *l.* 3. §. 3. *D. de Nov. oper. nunciat.* ac veluti inquilinus penſionem domino ſoli praeſtat, *l. id eſt* 74. *D. de Rei vind. l. inter* 39. §. 2. *D. de Damno infect.* quae ſolarium dicitur (ſic enim legendum eſt in *l.* 7. §. 2. *D. de Uſufruct. & quemadmod. l. etiam* 15. *D. Qui potiores in pign. l. cum ſervus* 39. §. 5. *D. de Legat.* 1. quia penſio illa pro ſolo penditur, *l.* 2. §. 17. *D. Ne quid in loco public.* & ita rectius forte *ſolarium* quam *ſolatium* legeretur apud Gregorium M. *lib.* 7. *epiſt.* 23.) Is autem qui ſuperficiem habet a domino ſoli emtam, vel conductam, eam pignori dare poteſt, *l. tutor* 16. §. *ult. D. de Pignor. act. l. grege* 13. §. 3. *D. de Pignor. & hyp. d. l. etiam* 15. *D. Qui potiores.* Poteſt etiam patrimonio ſuo, & bonis computare, *l.* 10. *D. Famil. erciſc. l. bonorum* 49. *D. de V. S.* & ſervitutes in ea imponere, *d. l.* 1. §. *ult. D. de Superficieb.*

Quidam igitur *hanc l.* 3. ſic intelligunt, non minus ſuperficiarium in ſuperficie, quam dominum in ſolo poſſe ſervitutes imponere. Alii aliter accipiunt, ut per ſervitutes, quae in ſolo conſiſtunt, ſervitutes ruſticas, & per ſervitutes, quae in ſuperficie conſiſtunt, ſervitutes ſolum urbanas intelligere debeamus. Sed verius eſt, ſervitutes utrorumque praediorum tam urbanas quam ruſticas, alias in ſolo, alias in ſuperficie conſiſtere & ita Conſtantinus Harmenopulus *hanc legem* 3. accipit, *lib.* 2. *Epitomes tit.* 4. §. 126.

Servitutes iſtae in ſolo conſiſtunt, puta iter, jus aquae ducendae, cloacae immittendae, ſtillicidij immittendi. In ſuperficie conſiſtunt, ut ſi forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immiſſum habuero, aut moenianum ex aedibus meis in aedes tuas projectum, *l. ſervitutes* 20. *D. de Servit. praedior. urban.* ſi quae autem ſervitutes certo generi agrorum debeantur veluti vineis, puta ut pedamenta ad vineam ex vicino agro ſumantur, *l.* 3. §. 1. *D. de Servitutib. praedior. ruſtic.* & in antiqua inſcriptione illa apud Gruterum *pag.* 215. *num.* 2. EX. PRAEDIIS. CAETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE: Servitutes iſtae magis ad ſolum, quam ad ſuperficiem pertinent, ideo ſublatis vineis debentur, *d. l. certo* 13. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* Urbano praedio deberi poteſt ſervitus ſoli, veluti aquae ductus, *l. ſi ego* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione.* Contra ruſticum praedium debere poteſt ſervitutem

in ſuperficie, puta ſtillicidium: atque iſtae quidem ſervitutes in ſolo aut ſuperficie dicuntur conſiſtere, non praedii dominantis, cui ſervitus debetur, ſed praedii ſervientis, quod debet ſervitutem.

## Lex IV. Papinianus Lib. 7. Quaeſtionum.

*Servitutes ipſo quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia*, quamdiu volam) *conſtitui poſſunt: ſed tamen, ſi haec adjiciantur, per pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita ſervitutem vindicanti. Idque & Sabinum reſpondiſſe Caſſius retulit, & ſibi placere.*

Obligationes ex die, vel ad diem, ex conditione, vel ad conditionem contrahuntur, *l. ſin autem* 20. *D. de Legat.* 1. ſervitutes praediorum neque ex die, vel ad diem, neque ſub conditione, vel ad conditionem contrahuntur, & conſtituuntur, ex die, puta, ut ex Calendis Martiis ſervitus imponatur. Ad diem, puta, ut ad Calendas Martias ſervitus impoſita eſſe deſinat. ſub conditione, puta, ut ſervitus imponatur, ſi navis ex Aſia venerit; ad conditionem, puta, ut quamdiu volam, impoſita ſit ſervitus, & ſi nolim, impoſita eſſe deſinat.

Ratio haec videtur eſſe, quia ſervitutes ſunt qualitates praediorum & habitus, *l.* 12. *D. Quemadmodum ſervitus amitt.* at qualitates iſtae praediis perpetuo debent inhaerere, & ubi inhaeſerint, ad diem aut conditionem tolli non poſſunt. quod quidem intelligendum eſt ſecundum jus civile; ſi tamen ſervitus ita ad diem, vel ad conditionem certam fuerit conſtituta, is, qui ita ceſſerit ſervitutem, exceptione pacti vel doli mali uti poterit.

Finge, Titius permiſit aquae hauſtum Maevio, quamdiu vellet Titius. Maevius ipſo jure, ſeu jure civili ſervitutem illam hauſtus aquae vindicare poſſet, quae ad conditionem finiri non poteſt. At Maevio ſervitutem vindicanti, praeter voluntatem Titii, Titius opponet exceptionem pacti, aut etiam doli mali exceptionem, quae cum aliis exceptionibus concurrit: ita obligatio, tempore non tollitur ipſo jure, ſed pacti exceptione tollitur *l. obligationum* 44. §. 1. *D. de Obligat. & action. l. cum qui* 56. §. 4. *D. de V. Obl.*

Ad

## *Ad §. Modum 1.*

§. 1. **M***Odum adjici ſervitutibus poſſe conſtat, veluti, quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti, ut equo dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille tranſducatur, aut carbo portetur.*

Conſtiterat inter autores utriuſque Scholae, modum adjici poſſe ſervitutibus, cum fortaſſe diſceptarent circa diem aut conditionem. Modus non eſt conditio & differt a conditione, *l. demonſtratio* 17. §. 3. & 4. & *l. eas* 80. *D. de Condition. & demonſtrat.* Licet igitur dies aut conditio non poſſit adjici ſervitutibus, modus recte adjicitur, puta, ſi actum ceſſero, poſſum hunc modum ſervituti actus adjicere, ut certo vehiculi genere agatur, *l.* 11. *D. Quemadmodum ſervitus amittatur.* puta,

*Eſſedo tacente*

*Ne blando rota ſit moleſta ſomno.*

ut eſt apud Martialem *lib.* 4. *epig.* 64. ſeu *Carruca dormitoria*, *l. uxori* 13. *D. de Auro & argent. legat.*

## *Ad §. Intervalla 2.*

§. 2. **I***Ntervalla dierum & horarum non ad temporis cauſam, ſed ad modum pertinent jure conſtitutae ſervitutis.*

Servitutum uſus per intervalla temporum dividi poteſt, *l. arbor* 19. §. *ultimo. D. Communi divid.* per intervalla horarum, puta, ut quis poſt horam tertiam ad horam decimam ſervitute utatur: per intervalla dierum, ut quis alternis diebus utatur, *l.* 5. *D. h. t.* per intervalla noctium & dierum, ut quis interdiu, non noctu eat, *l. iter* 14. *D. Communia praediorum.* ut unus habeat diurnam, alius nocturnam aquam, *l. ſi prius* 17. *D. de Aqua & aquae pluviae arcendae.* per intervalla menſium, ut quis uno menſe utatur, *l.* 7. *D. Quemadmodum ſervitutes amittantur.* ut alius habeat quotidianam, alius aeſtivam aquam, *l. Quintus* 15. *D. de Servit. praedior. ruſtic. l.* 5. *D. de Aqua quotidian. & aeſtiv.* per intervalla annorum, *l. ultima C. de Servit.* Ita autem conſtituta ſervitute per intervalla horarum, dierum, menſium, annorum ſub

 mo-

modo potius, quam ex tempore videntur conſtitutae, neque enim finito tempore utendi finitur ſervitus; ſed una eademque eſt ſervitus, & perpetua, cujus uſus diſcontinuus eſt, & temporis intervallis ſecernitur.

### LEX V. GAJUS Lib. 7. ad Edictum. Provinciale.

*VIa, iter, actus, ductus aquae iiſdem fere modis conſtituitur, quibus & uſumfructum conſtitui diximus.*

§. 1. *Uſus ſervitutum temporibus ſecerni poteſt; forte, ut quis* poſt horam tertiam uſque in horam decimam *eo jure utatur, vel, ut* alternis diebus *utatur.*

Jungenda eſt *h. lex.* cum *l. 6. D. de Uſufr.* ex eodem lib. 7. Gaji ad Edictum provinciale, ubi cum Gajus ſcripſiſſet uſumfructum quibusdam modis conſtitui; veluti legato, & adjudicatione, ſubjecerat, ſervitutes praediorum iiſdem fere modis conſtitui. Uſusfructus teſtamento conſtituitur, puta, ſi teſtator Titio proprietatem, & Maevio uſumfructum fundi legaverit, vel ſi Titio fundum detracto uſufructu legaverit, ut uſusfructus apud heredem maneat, *l. 3. & d. l. 6. de Uſufr. l. 4. D. Si uſusfr. petatur. l. antiquitas 14. C. de Uſufr. & habit.* Quod ſi teſtator Titio fundum, Maevio uſumfructum ejuſdem fundi legaverit, usus fructus inter Titium, & Maevium communicatur. Licet enim ea voluntas fuerit teſtatoris, ut Titius haberet ſolam fundi proprietatem & Maevius uſumfructum ejuſdem fundi, inſpicitur, non quod voluerit teſtator, ſed quid ſcripſerit, & ſcriptura voluntati praevalet, *l. ſi alii 19. D. de Uſufr. & redit. legat.* ſine teſtamento uſusfructus conſtituitur pactionibus & ſtipulationibus, id eſt, omnibus contractibus, qui pactionibus, & ſtipulationibus contrahuntur, pactionibus, veluti emtione, *l. Quoties 20. D. h. t.* vel pactionibus ſimul & ſtipulationibus, cum pactis ſtipulatio ſubjicitur, ut ex pacto agi poſſit, & ſervitus confeſſoria in rem actione vindicari, *l. cum eſſent 33. D. de Servit. praedior. ruſtic.* Adjudicatione conſtituitur uſusfructus, ſi judex familiae erciſcundae alii proprietatem fundi, alii uſumfructum adjudicaverit, *d. l. 6. §. 1. D. de Uſufr. & quemadmod.* hi ſunt modi conſtituendi uſumfructum, quibus & alii poſſunt adjici; iiſdemque modis ſervitutes praedio-

rum

rum conſtituuntur. Sed ait Gajus *fere* iiſdem modis conſtitui, vel quia uſusfructus ad tempus conſtitui poteſt, puta, ut quis ad annum vel biennium fruatur. Paulus *lib.* 3. *Sententiar. tit.* 6. *de legat. l. & puto* 16. §. 2. *D. Famil. erciſcund.* ſervitutes autem praediorum ad tempus non poſſunt conſtitui, *l.* 4. *D. h. t.* vel quia uſusfructus cuivis perſonae conſtitui poteſt. Servitus autem praediorum inutiliter ei conſtituitur, qui vicinum praedium non habeat, *l.* 1. *D. Commun. praedior.* §. 2. expoſitus eſt in *l.* 4. §. 2. *D. h. t.*

LEX VI. PAULUS Lib. 21. ad Edictum.

*AD certam partem fundi ſervitus tam remitti, quam conſtitui poteſt.*

Servitus per partes imponi non poteſt, *l. fundus* 32. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* nam ſi fundo ſervitus impoſita ſit, puta, ſervitus itineris, ita diffuſa eſt per totum fundum ſervitus, ut omnes glebae fundi ſerviant, *l. certo* 13. §. 2. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* Verum is, qui habet fundum, poteſt eum certis regionibus, & locis ſeu partibus dividere, *l. via* 23. §. 3. *D. de Servitutibus praediorum ruſtic. l. locus* 60. *de V. S.* atque ita ad certam partem fundi diviſam ſervitutem conſtituere, ut ea pars ſolum, non totus fundus ſervitutem debeat, *l.* 6. §. 1. *D. Communia praedior.* Contra dominus praedii dominantis, fundo ſerviente regionibus diviſo, poteſt ad certam partem fundi ſervientis ſervitutem conſtitutam remittere, ut ea pars fundi libera ſit, nec ſervitutem debeat, aliae vero partes fundi ſervitutem debeant, *d. l.* 6. §. 1. *D. Communia praedior.* Certa pars dicitur ad differentiam partis indiviſae, *l. placet* 25. *D. Quibus modis uſusfr.* Pars indiviſa eſt juris intellectu, pars certa eſt diviſione corporis, *l. Maevius* 66. §. 2. *D. de Legat.* 2. denique pars certa non eſt pars proprie, ſed quid totum, *l. recte* 25. *in fin. D. de V. S.*

LEX VII. ULPIANUS Lib. 13. ad legem Juliam, & Papiam.

JUs cloacae *mittendae ſervitus eſt.*

*Cloa-*

Digitized by Google

*Cloaca eſt locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat, l. 1. §. 4. D. de Cloacis*; debet autem cloaca ex coelo vel aqua pluvia fluere, ut perpetuam cauſam habeat, *l. foramen* 28. *D. de Servitutibus praedior. urban.* Neratius refert jus cloacae immittendae inter ſervitutes ruſticorum praediorum, *l. 2. D. de Servit. praed. ruſt.* puta, ſi ſervitus cloacae immittendae praedio ruſtico debeatur, & ex area in praetorium, vel domum vicini tranſeat. Gajus tamen eandem ſervitutem refert inter ſervitutes urbanorum praediorum *lib. 2. tit.* 1. §. 3. *Inſt. de rerum diviſione*. *Praediorum*, inquit, *urbanorum jura ſunt ſtillicidia, feneſtrae, cloacae*, puta, cum ex vicinis aedibus in aream vicinam cloaca immittitur. Quaedam aliae ſervitutes mixtae ſunt, & tam urbanorum, quam ruſticorum eſſe poſſunt.

## Lex VIII. Paulus Lib. 15. ad Plautium.

Ut pomum decerpere liceat, *&*, ut ſpatiari, *&* ut coenare in alieno poſſimus, *ſervitus imponi non poteſt*.

Servitutes praediorum ſunt, quae meliorem cauſam praediorum faciunt, *l. 6.* §. 1. *D. de Servit. praed. ruſt.* vel ad utilitatem, vel etiam ad amoenitatem *l. 3. D. de Aqua quotid. & aeſtiv.* jungenda autem eſt *d. lex 6. D. de Servit. praedior. ruſtic.* cum *h. l.* 8. ex eodem Lib. 15. Pauli ad Plautium. Cum enim ſervitutes praediorum ab uſufructu diſtinxiſſet, & ſervitutes praediorum eſſe dixiſſet, quae meliorem cauſam praediorum facerent, ſubjecerat Paulus id, quod eſt in *h. l.* 8. tales ſervitutes praediis imponi non poſſe, *ut pomum decerpere liceat*, *ut ſpatiari*, *& coenare in alieno poſſimus*: quia id non ſpectat ad praedii utilitatem. Verum licet ſervitutes hujuſmodi non ſint jura praediorum, poſſunt tamen eſſe jura hominum, ſeu ſervitutes perſonarum, atque ita jus geſtandi perſonae concedi poteſt, ut habeat jus geſtandi in alienis praediis, *l. Mela* 14. §. 3. *D. de Aliment. & cibariis legat.* quae ſervitus perſonam, non praedium reſpicit: quare ſi conſtitutae fuerint hujuſmodi ſervitutes, non praediis, ſed perſonis debebuntur: non tranſibunt ad heredes, vel alios ſucceſſores, *l. ult. D. de Contrahenda emtione*, ſed cum perſonis extinguitur, quarum gratia fuerint conſtitutae, *l. non ſolum* 8. §. *tale* 3. *D. de Libertate legata.*

Ad

*Ad* §. *Si praedium* 1.

§. 1. *SI praedium tuum mihi ſerviat , ſive ego partis praedii tui dominus eſſe coepero , ſive tu mei , per partes ſervitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat.*

Si vicinum praedium mihi debeat ſervitutem , & poſtea illius vicini praedii dominium acquiſiero , ſervitus confunditur , ac licet poſtea vicinum praedium vendidero, erit imponenda ſervitus , ut debebitur , *l. ſi quis aedes* 30. *D. de Servitutibus praed. urban.* ratio illius confuſionis eſt , quod res ſua nemini ſervit. *l. in re* 26. *D. eod. tit.* & ita praedium, quod acquiſivi, mihi ſervire non poteſt.

Sed finge, fundus Titii debebat ſervitutem fundo Maevii, puta , ut Maevius per fundum Titii ire , ambulare poſſet. Deinde fundus Titianus inter Maevium , & Titium communicatus fuit , communis factus eſt Titii , & Maevii , non erit confuſa ſervitus itineris , quam fundus Titii debebat fundo Maevii, ſed Maevius pro parte retinebit eam ſervitutem.

Ab initio quidem ſervitus per partes conſtitui vel imponi non poteſt, *l.* 11. *D. h. t. l.*6.§.*ſi tamen* 3. *D.Communia praediorum.* Ubi vero conſtituta fuerit ſervitus per partes retineri poteſt , *l. unus* 34. *D. de Servit. praed. ruſt.* : nam id, quod acquiſitum eſt, facilius conſervatur & retinetur, quam ab initio acquiritur, *l. pluribus* 140. *D. de V.O.*

LEX IX. CELSUS Lib. 5. Digeſtorum.

*SI cui ſimplicius* via *per fundum cujuſpiam cedatur, vel relinquatur, in infinito ( videlicet, per quamlibet ejus partem) ire agere licebit: civiliter modo : Nam * quaedam in ſermone tacite excipiuntur : non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire agere ſinendus eſt : cum id aeque commode per alteram partem facere poſſit, minore ſervientis fundi detrimento: Verum conſtitit, ut, qua primum viam direxiſſet, ea demum ire agere deberet , nec amplius mutandae ejus poteſtatem haberet : ſicuti Sabino quoque videbatur: qui argumento* rivi *utebatur , quem primo qualibet ducere licuiſſet , poſteaquam ductus eſſet , transfer-*

*ferre non liceret: Quod & in* via *ſervandum eſſe verum eſt.*

Quia ut ſervitus ruſtica, quae ruſticis praediis debetur, quaeque iter & actum continet, *l.* 1. *D. de Servit. praedior. ruſticor. l. & per* 13. §. 1. *D. de Acceptilat.* ſed & ex quorundam ſententia via aliquid amplius, quam iter & actum continet, *l.* 7. *D. de Servit. praed. ruſt.* Viae latitudo ex lege XII. tabul. definita eſt, ut habeat in porrectum 8. pedes, in anfractum ſeu flexum pedes ſexdecim, *l.* 8. *D. de Servitutib. praed. ruſt.* Via actu latior eſt propter euntium, & venientium vehiculorum occurſum, ut eſt apud Servium in haec verba *lib.* 4. *Æneid. v.* 405.

*Convectant calle anguſto . . . . .*

Ex conventione contrahentium, via, vel latior vel anguſtior conſtitui poteſt, dummodo vehiculum ire poſſit, *l.* 13. *D. h. t. l. via* 23. *D. de Servit. praed. ruſt. l.* 9. §. 1. *D. ſi Servitus vindicetur*. Nulla demonſtratione viae facta latitudo viae legitima dicitur, quae lege XII. tab. eſt comprehenſa, & definita, *l. certo* 13. §. *ult. D. de Servit. praed. ruſticor.*

Finge ad *h. legem* 9. Titius per fundum Titianum ſervitutem viae Maeviano fundo vicino ceſſerat, ut Maevius jus eundi agendi haberet per fundum Titii, eamque ſervitutem viae ſimplicius, ſeu ſpecialiter Titius ceſſerat, id eſt, nulla denominatione facta, vel nulla parte determinata, denominatave, per quam Maevius in fundo Titii iret, ageret: querebatur, an Maevius per quamlibet partem fundi Titiani uti poſſet ſervitute viae, quia fundus ſerviens, ſeu qui debet ſervitutem, in omnibus partibus ſuis debet ſervitutem, *d. l. certo* 13 §. 1. *D. de Servit. praed. ruſt.* veluti ſervitus, quae fundo debetur, omnibus partibus ejus quoque debetur, *d. l. via* 23. §. 3. *D. eod.* Ait Celſus, Maevium ea parte fundi Titiani uti poſſe ſervitute viae, ſeu ire agere, qua minimum obſit fundo ſervienti, quia malitiis hominum indulgendum non eſt, *l. in fundo* 38. *D. de Rei vind.* puta, ſi velit Maevius per villam ipſam, aut per medias vineas fundi Titiani uti viae ſervitute, tum quia ita demum ſervitute nobis uti licet, ſi fructus fundi ſervientis non laedantur, *d. l.* 7. *D. de Servit. praed. ruſt.* vel igitur inter Titium, & Maevium convenire non poteſt, qua parte fundi Titiani Maevius ire agere debeat, & hoc caſu Praetor arbitrum dabit, qui modum viae deter-

Digitized by Google

terminet in fundo Titiano, *d. l. certo* 13. §. 1. *&* 2. *D. de Servit. praedior. ruſtic.* vel ſi convenerit inter Maevium, & Titium, & Maevius certa parte fundi Titiani ſervitute viae primum uti coeperit, deinceps eadem parte fundi ire agere debebit, nec mutandae ejus poteſtatem habebit. Quod Celſus, licet diverſae ſcholae, argumento Sabini probat, ducto a ſervitute aquae ductus ad ſervitutem viae.

Maxime autem *huic l.* 9. obſtat *l. ſi via* 26. *D. de Servit. praed. ruſtic.* in qua ait Paulus, ſervitute viae legata, heredis eſſe electionem; non igitur legatarii, ut hic dicitur: ſed *dicta lex* 26. intelligenda eſt de legato per damnationem, haec autem *lex* 9. de legato per vindicationem; nam quia ſervitus relicta per vindicationem ipſo jure conſtituebatur, ſervitus per damnationem relicta, facto hominis, ut eſt apud Paulum, *lib.* 3. *Sententiarum tit.* 7. *de Legat.* ideo, ſervitute legata per vindicationem, legatarii fuit electio, qua parte fundi ſervientis iret ageret: ſervitute legata per damnationem, heredis fuit electio, qua parte legatarium ire agere vellet.

## LEX X. IDEM Lib. 18. Digeſtorum.

*SI iter legatum ſit, qua, niſi opere facto, iri non poſſit, licere fodiendo, ſubſtruendo, iter facere; Proculus ait.*

Iter eſt jus eundi ambulandi, ita ut is, cui debetur ſervitus itineris, vel pedibus vel equo ire poſſit, *l.* 7. *D. de Servit. praed. ruſt.* Vel ſella geſtari, aut lectica vehi. In ſellis enim, & lecticis geſtabantur delectationis, vel etiam valetudinis cauſa. In ſellis ſedentes, in lecticis ſedentes aut decumbentes, ſuccollantibus ſex vel octo ſervis, *l. ſi ex toto* 8. §. 2. *D. de Legat.* 1. Unde intelligi debet Lucius Seneca, *Epiſt.* 47. *Alia*, inquit, *crudelia, & inhumana praetereo, quod nec tanquam hominibus, ſed tanquam jumentis abutuntur*, cum ſcilicet de ſervis lecticariis ad lecticas vehendas utebantur.

Servitus autem itineris vel ruſtica eſt, ſi ruſtico praedio debeatur, *l.* 1. *D. de Servit. praed. ruſtic.* vel urbana, ſi praedio urbano debeatur, puta, ut per aream tuam in domum meam ire liceat, *l. ſervitutes* 20. §. 1. *D. de Servit. praedior. urban.* vel ut

per domum tuam in meam tranſire liceat , *l. iter* 41. *D. Communia praedior. l. penult. D. de Servit. legat.*

Finge ad ſpeciem *hujus legis* 10. Titius Maevio iter legaverat certa parte fundi determinata , qua jus eundi ambulandi haberet Maevius: verum Maevius ea parte fundi Titiani determinata non niſi opere facto ambulare poterat. Ait Celſus, Maevium poſſe per locum illum fundi Titiani fodiendo aut ſubſtruendo iter ſibi facere, fodiendo , ſi locus determinatus ſaxoſus , aut verrucoſus fuerit, ſubſtruendo, ſi locus fuerit paluſtris, & uliginoſus: denique id opus poſſe facere Maevium, ut commode per locum fundi Titiani determinatum ire ambulare valeat. Idem eſt, ſi Titius urbano praedio Maevii ſervitutem itineris legaverit.

Finge, Titius Maevio per aream ſuam iter ad domum Maevii legaverat , ſed cum area Titii altior eſſet domo Maevii, & ex ea Maevius de plano domum ſuam adire non poſſet; Maevius, vel gradus, vel clivos in area Titii jure facere potuit, *d. l. ſervitutes* 20. §. 1. *D. de Servitutib. praed. urban.* Eadem ratione poteſt fructuarius in fundo fructuario aedificium apponere ad fructus percipiendos neceſſarium , *l. ſi cujus* 13. §. *ſi tamen 6. D. de Uſufr. & quemadmod.*

Neque obſtat *l. uſufructuarius* 61. *D. eod. tit. de Uſuf. & quemad.* ubi uſufructuarius non poteſt aedificium inchoatum conſummare, quamvis eo aedificio aliter uti non poſſit fructuarius, quam ſi fuerit conſummatum, & abſolutum. Ratio eſt, quod aedificii necdum conſummati uſusfructus non debetur: at ubi uſusfructus deberi coepit, poteſt fructuarius , vel in aedibus vel in fundo fructuario facere, quod ad uſumfructum neceſſarium eſt.

Hic autem obſervandum eſt, Celſum, qui Proculejanus fuit, in *l.* 9. *D. h. t.* Sabinum laudaſſe contrariae ſectae autorem in *h. leg.* 10. Proculejum, ex cujus ſchola fuit. Neque enim ita erant addicti ſententiis praeceptorum ſuorum juris Autores , ut non quandoque alios contrariae ſectae magis probarent . Ita ex diverſis ſectis conveniunt in *l. ſi idem* 11. §. 2. *D. de Juriſdictione* , *l. ſi habitatio* 10. §. 2. *D. de Uſu* , *& habitatione* , *l.* 1. *D. Rerum amotarum*, *l.* 1. §. *ſi legatarius* 11. *D. ad Legem Falcidiam* , idque alias paſſim in lib. D. poterit obſervari.

LEX

Digitized by Google

## LEX XI. MODESTINUS Lib. 6. Differentiarum.

*PRo parte dominii ſervitutem adquiri non poſſe, vulgo traditur: Et ideo ſi quis fundum habens, viam ſtipuletur, & partem fundi ſui poſtea alienet, corrumpit ſtipulationem, in eum caſum deducendo, a quo ſtipulatio incipere non poſſit. Pro parte quoque neque legari, neque adimi via poteſt: &, ſi id factum eſt, neque ademtio valet.*

Titius, & Maevius habebant fundum communem pro indiviſo. Sempronius, qui habebat vicinum fundum, Titio uni ex dominis fundi communis ceſſit viam, aut aliam ſervitutem; ait Modeſtinus, Titium pro parte dimidia dominii, quod habet in fundo communi, non poſſe ſervitutem acquirere, quia ſervitutes praeter uſumfructum diviſionem non recipiunt, *l. uſus* 19. *D. de Uſu, & habit. l. viae* 17. *D. h. t. l. ſtipulationes* 72. *in princip. D. de V. O.* ſive dum ſervitus fundo imponitur, *l.* 2. *D. h. t.* ſive dum ſervitus fundo acquiritur, *l.* 6. §. 1. *D. Comm. praed. l.* 4. §. 3. *D. ſi Servitus vind. l.* 4. *D. de Servit. legat. l. pluribus* 140. *D. de V. oblig.*

Praeterea finge, Titius, qui fundum habebat, viam per ſuum fundum a Maevio vicino ſtipulatus eſt, deinde Titius ante impoſitam ſervitutem viae fundum ſuum alienavit. Stipulatione non imponitur ſervitus, ut legato aut ceſſione ſervitutis: tantum obligatio acquiritur, ut ſervitus imponatur, & ſiquidem poſt ſtipulationem Titius, ſervitute nondum impoſita, totum fundum alienaret, ſtipulatio evaneſcit, *l. exiſtimo* 98. *D. de V. Obl.* quia ſtipulatio recidit in eum caſum, a quo incipere non poteſt, & perinde eſt ac ſi Titius non ſibi, ſed alii, qui fundum non habebat, viam ſtipulatus eſſet, quo caſu inutilis eſt ſtipulatio, quia nemo alteri ſtipulari poteſt, §. *ſi quis alii* 4. *Inſt. de Inutil. ſtipul. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *D. de V. O.* & quia ſervitus acquiri non poteſt niſi ei, qui fundum habet: ſed emtor tempore ſtipulationis fundum non habebat, illi igitur ex ſtipulatione ſervitus per vicinum fundum acquiri non potuit.

Sed finge adhuc, Titium, qui viam ſtipulatus erat Maevio, poſt



Digitized by Google

ſtipulationem, ſervitute nondum impoſita, non totum fundum, ſed partem tantum alienaſſe, ſtipulatio quoque hoc caſu evaneſcit, *l. ſi ſub una* 136. §. 1. *D. de V. O.* quod ita intelligerem, non modo ſi Titius partem fundi pro indiviſo alienaverit, communicato praedio pro indiviſis partibus, ſed & ſi Titius partem certam fundi & diviſam alienaverit, quia ſtipulatio in eum caſum recidit, a quo incipere non poteſt, ſcilicet ut ſtipulatio ſervitutis dividatur, quae dividi non poteſt, *d. l. ſtipulationes* 72. *D. de V. Oblig.*

*Ad verſ. pro Parte.*

Modeſtinus libro ſexto Differentiarum, ex quo *h. lex.* 11. ſumta eſt, exponebat differentias inter totum & partem, ut non ſemper eadem eſt ratio totius & partis: & jungenda eſt ex eodem lib. 6. Differentiar. *lex* 3. *D. pro derelicto*. Hic igitur exponit, quomodo ſervitus, puta, viae, pro parte legari, vel pro parte adimi non poſſit: pro parte viae ita legatur.

Finge, Titius & Maevius habent fundum communem, Titius unus ex dominis ſervitutem communi fundo imponere non poteſt, *l.* 2. *D. h. t.* pro parte viae ita adimitur.

Finge, Titius Maevio per fundum ſuum Titianum ſervitutem viae teſtamento legaverat: deinde eodem teſtamento cavit Titius, ne Maevius per fundum ſuum Titianum ſervitutem viae, ſed tantum ſervitutem itineris haberet, & ita Titius legatum viae prius Maevio relictum pro parte ademit, inutilis eſt ademtio legati, *l. legata* 14. §. 1. *D. de Adimendis vel transfer. legat.* Ut & inutilis acceptilatio pro parte, *l.* 13. §. 1. *D. de Acceptilatione.*

LEX XII. JAVOLENUS Lib. 4. Epiſtolarum.

N*On dubito, quin fundo Municipum per ſervum recte ſervitus adquiratur.*

Municipes ſuae cujuſque civitatis cives appellantur, *l.* 1. §. 1. *D. ad*

*D. ad Municipalem*, & municipium nihil aliud eſt, quam civitas in *l. incola* 29. *D. ad Municipal.* ſeu reſpublica, *l. ſed etſi* 31. §. 1. *D. de Furtis*. Municipum agri quidam ſunt non vectigales, quos & privatim colendos dare poſſunt, *l. 1. in princip. D. ſi Ager vectig.* quibus & ſervitutem acquiri poſſe, hic ait Javolenus, per ſervum, ſeu actorem aliamve perſonam liberam, *l. 2. D. de Adquirenda vel amittenda poſſeſſione*, nec de ea re quidem Javolenus ait ſe dubitare, cum tamen haec dubitatio fuiſſe videatur, quod Municipes ipſos ſervos non poſſiderent, *l. 1. in fine D. de Adquirend. vel amittend. poſſ.* & ita per eos ſervos nihil poſſent acquirere. At veluti communis ſervus iter ad communem fundum, qui eſt plurium dominorum, recte acquirit, *l. ſi unus* 19. *D. de Servit. praed. ruſt.* ita ſervus Municipum poteſt fundo municipii ſervitutem acquirere, nam civitates ſeu municipia privatorum loco habentur, *l. eum, qui* 16. *D. de V. S.* Caeterum *huic legi* 12. non male jungeretur *l. quaeſtio* 115. *D. de V. S.* ex eod. lib. 4. epiſt. Javoleni.

## Lex XIII. Pomponius Lib. 14. ad Quintum Mucium.

*SI, tam anguſti loci demonſtratione facta, via conceſſa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire poſſit, iter magis, quam via, aut actus adquiſitus videbitur: ſed ſi jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur adquiſitus.*

Si is, qui fundo ſuo ſervitutem imponit, nullam demonſtrationem loci fecerit, per quem vicinus iret ageret, viae ſervitus legitima debetur, quae eſt pedum 8. in porrectum, & 16. pedum in anfractum ſeu circuitum, ut jam expoſuimus in *l. 9. D. h. t. in l. 8. & l. 13. D. de Serv. praed. ruſtic.* Verum pacto, & conventione viae anguſtior, & ſtrictior imponi p[illegible], *l. via* 23. *D. eod. l. 6. D. Quemadmodum ſervit. amitt.*

Finge igitur, Titium dominum fundi ſervientis, qui ſervitutem viae Titio vicino ceſſit, tam anguſti loci demonſtrationem in fundo ſerviente feciſſe, ut Maevius neque vehiculum per eum locum demonſtratum ducere, aut jumentum agere poſſet: ait Pom-

Pomponius, eam ſervitutem non eſſe viam, & Paulus in *d. l. via* 23. *D. de Servit. praed. ruſt.* nam via eſt, qua vehiculum ire poteſt, ut Servius ad Virgil. *lib.* 4. *Æneid.* & Iſidorus *lib.* 15. *Orig. cap. ult.* ſi tantummodo jumentum per locum demonſtratum agi poſſit, erit ſervitus actus, non viae, ſi neque jumentum agi poſſit, erit ſervitus itineris, non actus: Quare demonſtratio loci facta in fundo ſerviente, aut ſervitutem viae, aut actus, aut itineris conſtituet: viae, ſi per eum locum vehiculum duci poſſit: actus, ſi per eum locum jumentum agi poſſit: itineris, ſi neque vehiculum duci, neque jumentum agi poſſit.

Verum *huic legi* 13. maxime obſtat *l. paries* 157. *D. de V. S.* ubi ait Ælius, viam eſſe, ſive ſemita, ſive iter ſit. Et tamen in *h. leg.* 13. iter a via diſtinguitur. Viae quidem duplex appellatio eſt. Generali appellatione viae iter continetur. Propria viae appellatio eſt, ut eſt ſervitus, & leg. XII. Tabul. definita: & haec ſervitus viae a ſervitute itineris diſtinguitur. Ita Siculus Flaccus in *lib. De Conditionibus agrorum*, generali acceptione itinera, & vias accipit. Itaque, ut diximus, viae ſaepe per alienos agros tranſeunt, qua non univerſo populo itinera praeſtari videntur. Itaque *dicta lex Paries* 157. debet intelligi ſecundum generalem viae ſignificationem; haec vero *lex* 13. ſecundum propriam, & ſpecialem acceptionem, ut viae eſt ſervitus.

### Lex XIV. Paulus Lib. 15. ad Sabinum.

*Servitutes praediorum ruſticorum, etiamſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt: & ideo uſu non capiuntur: vel ideo, quia tales ſunt ſervitutes, ut non habeant certam continuamque poſſeſſionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire poteſt, ut nullo momento poſſeſſio ejus interpellari videatur. Idem & in ſervitutibus praediorum urbanorum obſervatur.*

Res incorporales non poſſidentur, *l.* 3. *D. de Adquir. vel amitt. poſſ.* nec uſucapiuntur, *l. ſervus* 43. §. 1. *D. de Adquirend. rer. dom.* quia ſine poſſeſſione uſucapio non procedit, *l. denique* 19. *D. Ex quibus cauſis maj. l. ſine* 25. *D. de Uſurpationibus & Uſucap.* Ita hereditas, quiae in jure conſiſtit, *l. hereditas* 50. *D. de Pet. hered.* non poteſt uſucapi. Lucius Seneca *lib.* 6. *de Benef. cap.* 5 *Juriſcon-*

*conſultorum iſtae argutae ineptiae ſunt, qui hereditatem negant uſucapi poſſe*. Ita uſusfructus, qui in jure conſiſtit, non poteſt uſucapi. Paulus *lib.* 1. *Sententiar. tit.* 17. *l. juſto* 44. §. *non mutat* 5. *D. de Uſurpat. & uſucap.* Nec ſervitutes praediorum poſſunt uſucapi, *l.* 10. *D. eod. tit. de Uſucap.* non poſſidentur *l. ſi aedes* 32. *in fine. D. de Servit. praed. urb.* Hic autem Paulus propriam rationem affert in ſervitutibus ruſticorum praediorum, eas videri non poſſe uſucapi, ſeu per tempus biennii acquiri, quia non habeant certam, continuamque poſſeſſionem: puta ſi quis ſervitute itineris per vicinum fundum biennio uſus fuerit, ſervitutem itineris eo tempore non uſucapit, quia itineris non eſt continua poſſeſſio, & quia itineribus, & via non ſemper utimur, *l.* 1. §. 2. *de Itinere actuque privato*, & ſervitutes iſtae itineris, viae, ſui natura, intermiſſionem habent, *l. cum uſufructus* 13. *D. de Uſufruct. legat.* Quemadmodum igitur ſervitutes ruſticorum praediorum non poſſunt uſucapi, idem Paulus eſſe ait in ſervitutibus praediorum urbanorum, ut non poſſint uſucapi, quia lex Scribonia uſucapionem ſervitutum urbanorum praediorum ſuſtulerat, *l.* 4. §. *libertatem* 29. *D. de Uſucap.*

Valde autem obſtat *l. Servitutes* 20. *D. de Servit. urban. praed.* ubi Paulus ait, *ſervitutes urbanorum praediorum, quae in ſuperficie conſiſtunt, poſſeſſione retineri*, atque ita poſſeſſione uſucapi, nam ſi ſervitutes ruſticorum praediorum non uſucapiuntur, quia non poſſidentur, quia non continua eſt earum ſervitutum poſſeſſio, contraria ratione ſervitutes urbanorum praediorum uſucapientur, quia continua poſſeſſione retinentur. Sed obſervare eſt *d. l.* 20. *D. de Servitut. praed. urb.* jungendam eſſe cum *h. l.* 14 ex eodem lib. 15. Pauli ad Sabinum. cum igitur in *h. l.* Paulus ſcripſiſſet ruſticorum praediorum ſervitutes non poſſe uſucapi, quia tales ſunt, ut non habeant continuam poſſeſſionem, idemque eſſe in ſervitutibus praediorum urbanorum, non quidem omnibus, ſed quae tales ſunt, ut non habeant continuam poſſeſſionem. Conſequenter Paulus ſubjecerat, quod eſt in *d. l.* 20. *D. de Servit. praedior. urb.* ſervitutes quae in poſſeſſione conſiſtunt poſſeſſione retineri, in ſuperficie, id eſt in aedificiis, & ideo cum aedificiis uſucapiuntur, *l.* 10. *D. de Uſurp. & uſuc.* quare non putandum eſt hic Paulum intelligi debere, ut omnes ſervitutes urbanorum praediorum non uſucapiantur, ſed eae tan-

tantum quae continuam non habent poſſeſſionem. Et quidem in multis aliis, ſervitutes urbanorum & ruſticorum praediorum differunt, ut non idem ſemper ſtatuendum ſit in ſervitutibus urbanorum praediorum, quod in ſervitutibus ruſticorum praediorum obtinet.

Servitutes ruſticorum praediorum erant res mancipi, non ſervitutes urbanorum. Ulpian. *lib. ſing. regul. tit.* 19. forte quia ut villae ruſticae erant majoris pretii, quam urbanae. Varro *lib.* 1. *de re ruſtica cap.* 13., & tribus ruſticae honoratiores urbanis: Aſconius *in orationem pro M. Scauro*. Plinius *lib.* 8. *cap.* 3. Columell. *in praefat. lib.* 1. *de re ruſtica*. Ita ſervitutes ruſticorum praediorum erant res mancipi, quaſi pretioſiores urbanis, quae erant res nec mancipi, ſi quidem res mancipi rebus nec mancipi pretioſiores fuerunt, utque venirent auro contra, vel auro ſupra, ut eſt apud Ulpian. *lib. ſing. regul. d. tit.* 19. *de Dominiis & acquiſ. rer.* Praeterea ruſticorum praediorum ſervitutes non utendo amittuntur. Jure antiquo, ſi quis biennio ſervitute uſus non eſſet, eam non utendo amittebat, Paul. *lib.* 1. *Senat. tit.* 18. *de Servit.* hodie decennio inter praeſentes, & vicennio inter abſentes amittitur, *l. penult. C. de Servit.* quae eandem habet ſubſcriptionem cum *l. unica C. de Uſucap. transform.* Servitutes autem urbanorum praediorum non ſolum in uſu amittuntur, ſed & uſucapione libertatis, *l.* 6. & *l. ſi aedes* 32. §. 1. *D. de Servit. urban. praed. l. ſi quis* 18. *D. Quemadmod. ſervit. amitt. l.* 4. §. 2. *D. de Uſurp. & uſucap.* Servitutes ruſticorum praediorum pignori dari poſſunt, non ſervitutes urbanorum, *l.* 11. *in fin. & l.* 12. *D. de Pign. & hyp.* cujus differentiae ratio non ſatis aperta eſt. An quia ſervitutes ruſticorum praediorum erant res mancipi, & ita fiduciae dari poterant, ſeu fiduciario pignore obligari, nam fiducia contrahebatur per mancipationem ut eſt apud Paulum, *lib.* 2. *Sentent. tit.* 13. & ſic contrahebatur fiducia, vel pignus fiduciarum, ut non ſoluta ad diem pecunia, creditor rem fiduciae datam pleno jure haberet. Ex his apparet in multis differre ſervitutes ruſticorum, atque urbanorum praediorum, atque ita licet ſervitutes ruſticorum non poſſunt uſucapi, poſſe tamen ſervitutes urbanorum, quae poſſeſſione quadam retinentur, *d. l. Servitutes* 20. *D. de Servit. praed. urb.* & Paulum in *h. l.* 14. intelligendum eſſe de ſervitutibus urbanorum praediorum, quae non habeant continuam poſſeſſionem.

Sed

Sed quaeritur, an ſervitutes longo tempore acquiri poſſint? aliud uſucapi, aliud longo tempore acquiri. Uſucapio eſt biennii, longum tempus eſt decennii: uſucapio locum habet in fundis Italicis, longi temporis poſſeſſio in provincialibus praediis. Et quidem hodie uſucapio transformata eſt in praeſcriptionem longi temporis, *d. l. unic. Cod. de Uſucap. transfer.* licet igitur ſervitutes uſucapi non poſſent, longo tempore tamen acquiri potuerunt, *l. ſi quis diuturno* 10. *D. ſi Servitus vindicetur*, *l.* 1. *in fin. D. de Aqua & aqua pluv. arcend. l.* 2. *Cod. de Servit.* & multo magis longiſſimo tempore acquiri potuerunt, ſeu eo tempore, cujus memoria non extat, *l.* 2. §. 8. *D. de Aqua & aqua pluv. arc. l.* 3. §. 4. *D. de Aqua quot. & aeſtiv.*

Porro *lex ult. in fin. Cod. de praeſcript. long. temp.* non pertinet ad acquiſitionem ſervitutum, quaſi Juſtinian. ea conſtitutione voluerit ſervitutes decennio inter praeſentes, & vicennio inter abſentes acquiri, ſed potius voluit, eo tempore inter praeſentes vel abſentes amitti, quare *dicta l. ultima* non pertinet ad acquiſitionem, ſed ad amiſſionem ſervitutum, quod obſervandum eſt.

## *Ad* §. *Servitus* 1.

§. 1. S*Ervitus* itineris ad ſepulchrum *privati juris manet*: *& ideo remitti domino fundi ſervientis poteſt: & adquiri etiam poſt religionem ſepulchri haec ſervitus poteſt.*

*Sepulchrum eſt* locus, *ubi corpus oſſave hominis condita ſunt*, *l.* 2. §. *ſepulchrum* 5. *D. de Religioſ.* quod ſi in diverſis locis corpus ſepultum fuerit, locus tamen fit Religioſus, ubi caput humatum eſt, quod eſt hominis principale, unde agnoſcimur, *l. cum in diverſis* 44. *D. eod.* & ita Servius hunc verſum interpretatur *lib.* 2. *Aeneidos. v.* 258.

*Avulſumque humeris caput, & ſine nomine corpus.*

*Sine nomine*, inquit Servius, *id eſt, ſine agnitione*. Paulus in *d. l.* 44. caput eſt, unde agnoſcimur. Sepulchrum autem locus eſt religioſus, qui fit illatione ſeu humatione mortui, & cum religioſus factus fuerit, dominii noſtri non eſt, *l.* 4. *C. de Religioſ.* humani juris eſſe deſinit, neque ſervitutem ullam recipit, *l. caveri* 4. *D. Communia praediorum*, ſed iter ad ſepulchrum pri-

vati juris manet, & ut coeterae ſervitutes, confeſſoria in rem actione vindicari poteſt, *l.* 1. *D: Si ſervitus vindicetur*. Obſervandum eſt tamen, quaedam ſingulari jure recepta eſſe in ſervitute itineris ad ſepulchrum.

1. Ut ſi quis ſepulchrum in fundo habeat, ei dominus fundi iter ad ſepulchrum precario concedere, vel juſto pretio vendere debeat, *l. ſi quis* 12. *D. de Relig.*

2. Jus itineris ad ſepulchrum ei debetur, qui fundum non habet, ſed ſepulchrum in fundo, unde & venditor fundi jus itineris fundo vendito nihilominus retinet, *l.* 5. *D. de Sepulch. violat.* quamvis ſervitus deberi non poſſit, niſi ei, qui fundum habeat, *l.* 1. *D. Comm. praed.*

Denique iter ad ſepulchrum, non utendo, non amittitur, *l. iter* 4. *D. Quemadmod. ſerv. amitt.* & haec quidem favore religionis recepta ſunt, nam ſummus eſt favor, qui pro religione facit, *l. ſunt perſonae* 43. *D. de Religioſ.* ſed & propria ratio aſſignari poteſt, quare ſervitus itineris ad ſepulchrum, non utendo, non amittatur, quia raro poteſt contingere, ut quis ſervitute itineris ad ſepulchrum uti poſſit, puta ſi nullus moriatur. Et ita ſervitutes non amittuntur, cum eis uti non poſſumus, *l. & Attilicinus* 35. *D. de Servit. praed. ruſt.*

### *Ad* §. *Publico* 2.

§. 2. P*Ublico loco interveniente, vel via publica*, hauſtus *ſervitus imponi poteſt*, aquaeductus *non poteſt: a Principe autem peti ſolet*, ut per viam publicam aquam ducere ſine incommodo publico liceat. *Sacri & religioſi loci interventus etiam* itineris *ſervitutem impedit: cum ſervitus per ea loca nulli deberi poteſt.*

Quaedam ſervitutes publicis locis, mediis intervenientibus, deberi poſſunt, *l. non ſolum* 8. *D. de Novi oper. nunc.* puta ſervitus itineris, aquae hauſtus. Quaedam ſervitutes publico loco interveniente impediuntur, puta ſtillicidii protegendi, meniani immittendi, *l.* 1. *D. de Serv. praed. urban.* vel etiam ſervitus aquae ductus, *l. ſi prius* 17. §. 2. *D. de Aqua & aquae pluv.* ſacer locus & religioſus interveniens inter fundum ſervientem, & fundum,

cui debetur ſervitus, impedit ſervitutem, quia his locis uti fas non eſt, *d. l.* 17. §. 3. *D. de Aqua & aq. pluv. arc.* ut publicis locis uti licet.

LEX XV. POMPONIUS Lib. 33. ad Sabinum.

*Quotiens nec hominum, nec praediorum ſervitutes ſunt, quia nihil vicinorum intereſt, non valet: veluti*, ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas: *& ideo, ſi mihi concedas*, jus tibi non eſſe, fundo tuo uti frui, *nihil agitur: aliter atque ſi concedas mihi*, jus tibi non eſſe, in fundo tuo aquam quaerere, *minuendae aquae meae gratia.*

Servitutes praediorum, quae praediis debentur, poſſunt deberi perſonis, & tam in perſonam quam in rem conſtitui, *l. Gajus* 12. *D. de Annuis legatis*. Si relinquantur ſervitutes praediorum iis, qui vicinum praedium habeant, erunt magis ſervitutes praediorum, quam hominum. Ita pecoris ad aquam appulſus, & jus hauriendi magis eſt ſervitus praedii quam perſonae, *l.* 4. *& l. ſi mihi* 20. §. *ult. D. de Servitutib. praedior. ruſticor.* quod verbum *magis*, intelligendum eſt comparative non poſitive, namque ſervitutes iſtae dicuntur eſſe praediorum, ita tamen ut perſonarum eſſe poſſint, puta, ſi teſtator perſonam certam expreſſerit, vel perſonae certae ſervitutem legaverit, donec viveret, vel ſi ſervitutem reliquerit ei, qui vicinum praedium non haberet, *l. Mela* 14. §. *quidam* 3. *D. de Aliment. & cib. legat.* in qua lectionem varie conturbarunt, alii enim legunt adjecta negatione, *ei, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur.* ne pugnantia Ulpian. loqui videatur: Alii ita interpungunt. *Hauſtus aquae & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus, perſonae tamen (ejus) qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* ne pugnet cum *d. l.* 4. *D. de Servit. praed. ruſtic.*

Sed obſervandum eſt, in quibusdam codicibus ita particulam iſtam optime adjectam eſſe, *nam etſi hauſtus aquae, &c.* quae verba uſque ad finem ſine interpunctione unoque ductu legenda ſunt. Denique ea eſt Ulpiani ſententia, aquam libertis, qui vicinum praedium non habebant, utiliter per fideicommiſſum relictam fuiſſe, quia ſervitutes perſonarum eis relinqui poſſunt, qui

vicina praedia non habent, cum perſonis, non praediis relinquantur. Et eſt argumentum Ulpiani ab abſurdo, quaſi diceret: abſurdum eſt dicere, hauſtum aquae, & pecoris ad aquam appulſum non poſſe relinqui, niſi iis, qui vicinum praedium habeant, nam idem eſſet de aliis ſervitutibus, puta de jure in alieno uvas premendi, vel in aliena area fruges exprimendi; atque iſtae ſervitutes relinqui poſſunt non habentibus vicina praedia, ita igitur fideicommiſſum aquae utiliter libertis relictum eſt, quamvis vicina praedia non habeant. Quod ſi neque praediis neque perſonis ullam utilitatem ſervitutes afferant, non valent.

Finge, Titius eam ſervitutem ceſſit Maevio, ne Titius per ſuum fundum ire poſſet, vel ne Titius ſuo fundo uteretur frueretur, non valet iſta ſervitus, quia nihil intereſt Maevii, nullaque eſt utilitas praedii Maeviani, ſi Titius per fundum ſuum non eat, aut ſi Titius fundo ſuo non fruatur. Aliud vero eſt, ſi Titius Maevio ceſſerit, ne in ſuo fundo aquam quaerat, neve aquam fundi Maeviani minuat, puta venas aquarum praecidendo, ne ex fundo ſuo in fundum Maevianum ſubterlabantur, haec enim ſervitus utilis eſt fundo Maeviano.

Quemadmodum igitur ſervitutes conſtitui non poſſunt, niſi quaedam ſit praediorum utilitas, ita pacta in venditionibus, quae nullam venditoris utilitatem continent, nullius ſunt momenti: puta, ſi venditor exceperit in contractu venditionis, ne emtor locum ſibi venditum religioſum facere, dedicare, aut alias jure humano eximere poſſit, *l. penult. D. de Pactis*, quae referenda eſt ad *tit. de Contrah. emt.* & jungenda cum *l.* 4. *D. eodem tit. de Contrah. emt.* vel ſi venditor exceperit, ne in locum monumenti, quos vellet emtor, inferret, *l. quod ſi locus* 11. *D. de Religioſ.* ubi ait Paulus, *pactum non ſufficere*, id eſt, non prodeſſe, quia nihil interſit venditoris, & quoties venditoris non intereſt, ex vendito agi non poteſt, *l.* 6. §. 1. *D. de Servis export.*

Caeterum *h. lex.* 15. jungenda eſt cum *l. ſi quis unas* 32. *D. de Uſufructu* ex eod. lib. 33. Pomponii ad Sabinum.

## *Ad* §. *Servitutum* 1.

§ 1. S*Ervitutum non ea natura eſt, ut aliquid faciat quis ( veluti viridia tollat; aut amoeniorem proſpectum prae-*

*praeſtet, aut in hoc, ut in ſuo pingat) ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

Ut contractus ſuam naturam habere dicuntur, *l.* 7. §. *quin imo* 5. *D. de Pactis. l. ſi unus* 27. §. *pactus* 2. *D. de Pactis. l. naturalis* 5. §. *ſed ſi facio* 4. *D. de Praeſcript. verbis. l.* §. 3. *D. de Stipulat. praetoriis*. Ita ſervitutes praediorum ſuam habent naturam, puta, ut conſtituantur ad aliquam praediorum utilitatem vel amoenitatem, *l.* 3. *D. de Aqua Quotid. & aeſtiv.*, ut diviſionem non recipiant, *l.* 2. §. 1. *D. de V. O.* haec etiam eſt natura ſervitutum, ut is, qui debet ſervitutem, aliquid faciat in praedio ſerviente, puta, ut viridia tollat, id eſt, ponat, non ut quidam interpretantur, auferat: nam ſic viridia ſeu viridaria, ut aedificia tollebantur, cum eſſent in altitudine aedificiorum. Atque ideo dubitabatur, an is, cui debebatur ſervitus altius non tollendi, vicinum impedire poſſet, ne viridaria ſuper aedificium tolleret, *l. aedificia* 12. *D. de Servit. praed. urb.* Alioquin dubium non eſt, quin is, cui debetur ſervitus proſpectus, poſſit adverſus vicinum agere ut viridaria tollat, id eſt auferat, ſi proſpectui ſint obſtatura *d. l.* 12. ſubijcit Pomponius, *aut amoeniorem proſpectum praeſtet*, quae lectio retineri debet; puta, non poteſt agere vicinus adverſus vicinum, ut ſibi proſpectum amoeniorem faciat, puta, conciſis arboribus, ut in *l. competit* 16. *D. Quod vi aut clam. Aut ad hoc ut in ſuo pingat*, id eſt, picturas in parietibus faciat, namque ita ſervitus conſtitui non poteſt, ut quis in ſuo aliquid facere teneatur, niſi forte parietem oneri ferendo imparem vel caducum reficere, *l. eum* 33. *D. de Servit. praed. urban. l. ſicut* 8. §. 2. *D. ſi Servitus vindicetur*. At vero ſervitutum natura talis eſt, ut is, qui debet ſervitutem, aliquid patiatur, puta, in ſervitutibus urbanis, ut vicinus lumina noſtra, id eſt feneſtras excipiat, *l.* 4. *D. de Servit. praed. urb.* ut vicinus tigna ſuſcipiat. *d. l.* 8. §. 2. *D. ſi Servit. vindic.* In ſervitutibus ruſticis, puta, ut vicinus patiatur per ſuum fundum ire, agere, aquam e puteo haurire, vel e rivo ducere. Natura etiam talis eſt ſervitutum, ut is, qui debet aliquid, non faciat, puta, ut is, qui debet ſervitutem altius non tollendi, aedificium ſuum non tollat, *d. l.* 12. *D. de Servit. praedior. urban.* vel ut quis luminibus, aut proſpectui non officiat, *d. l.* 4. *l.* 15. *& l.* 16. *D. eod. tit. de Servit. praed. urban.*

Lex

LEX XVI. JULIANUS Lib. 49. Digeſtorum.

*EI, qui pignori fundum accepit, non eſt iniquum, utilem petitionem ſervitutis dari, ſicuti ipſius fundi utilis petitio dabitur. Idem ſervari convenit & in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*

Creditor Titianum fundum pignori acceperat: fundo Titiano vicinus fundus debebat ſervitutem. Quaerebatur,an creditor ſervitute fundo Titiano debita uti poſſet, vel, ſi impediretur, utili actione in rem ſervitutem fundo ſibi pignorato debitam vendicare poſſet? dubitatio haec fuit, quod creditor non ſit dominus praedii ſibi pignorati, nec cum poſſideat opinione domini, *l. quaecumque* 13. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione. l. ſi ſervus* 22. *D. de Noxalibus action.* ſed tamen ait Julianus, creditori dandam eſſe utilem petitionem, ſeu vindicationem ſervitutis. Idem Julianus exiſtimabat, fructuarium poſſe ſervitutes fundo fructuario debitas vindicare, *l. unic.* §. 4. *D. de Remiſſion.* ſi quidem creditor & fructuarius plerumque aequiparantur, uterque jus in re habet, *l.* 19. §. 2. *D. de Damno infect.* creditor in re ſibi pignorata, fructuarius in re, in qua habet uſumfructum. uterque poſſidet. creditor poſſidet, *l. ſciend. eſt* 15. §. 1. & 2. *D. Qui ſatisdare cogant: d. l.* 13. *D. de Public. in rem act. l.* 3. §. *ultim. D. Ad exhibendum.* fructuarius quoque poſſidet, *l. naturaliter* 12. *D. de Acquirenda vel amitt. poſſ.* creditori datur actio furti, ſi res pignorata furto ſubtrahatur, *l. ſi pignor.* 22. *D. de Pignorat. action. l. creditoris* 15. & *l. creditori* 87. *D. de Furtis. l. ſi tibi* 26. *C. de Pignor.* datur etiam fructuario furti actio, ſi rem, in qua habet uſumfructum, furto amiſerit, *l. arboribus* 12. §. *Idem Julian.* 5. *D. de Uſufr. & quemad. l.* 46. §. 1. *D. de Furtis.* ut pignus, ita quoque uſusfructus uſucapione non perimitur, *l. juſto* 44. §. *non mutat* 5. *D. de Uſurp. & uſucap.* ſed pignus, & uſusfructus re extincta perimitur, *l. ſicut* 8. *in princip. D. Quibus mod. pig. vel hyp.* creſcit pignus alluvione, puta, ſi quid fundo pignorato per alluvionem acceſſerit, *l. ſi fundus* 16. *D. de Pig. & hypoth*, ſic & uſusfructus alluvione, *l.* 9. §. 5. *D. de Uſufr. & quemad.* nec diſſentit Paulus ab Ulpiano *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. Ait Ulpian. in *d. l.* 9.

*uſum-*

*uſumfructum alluvionis ad fructuarium pertinere*, id eſt, fructuarium habere uſumfructum in eo, quod per alluvionem fundo fructuario acceſſerit. Ait Paulus *d. tit.* 6. §. 22. acceſſionem alluvionum ad fundum fructuarium non pertinere, quod de proprietate intelligendum eſt, non enim alluvio tota in fructu eſt, ſed uſusfructus alluvionis, & proprietas ejuſdem alluvionis eſt proprietarii. Cum ergo creditor & fructuarius plerumque invicem comparentur, ideoque Julianus utrique dabat jus vindicandarum ſervitutum, *d. l. unic.* §. 4. & 5. *de Remiſſ.* ubi Ulpianus verba Juliani, quae in *h. l.* 16. referuntur, eadem retulit, ſed interpolata. Ait hic Julianus, *non eſſe iniquum, petitionem ſervitutis dari*. Ulpian. in *d. leg. unica.* §. *ultim. non eſſe iniquum*, Julianus ait, *detentionem ſervitutis dari*. Et quidem ſervitutis detentionem vix dicere poſſumus. detentio eſt corporalis poſſeſſio, *l. quod ſervus* 24. *D. de Acquiren. vel amitt. poſſ.* at detentio non eſt rerum incorporalium, cujuſmodi ſunt ſervitutes, *l.* 4. §. *ſi viam* 27. *D. de Uſurp. & uſucap.* An dicemus, Ulpianum in *d. l. unic.* §, *ult. D. de Remiſſ.* reſpexiſſe ad eas ſervitutes, quae facto quodam & veluti poſſeſſione retinentur? *l. ſervitutes* 20. *D. de Servit. praedior. urbanorum*. Malim tamen, utroque in loco, tam apud Julianum, quam apud Ulpianum legere *petitionem ſervitutis*, ratio eſt, quam & hic Julianus affert, quod ut creditor utili in rem actione fundum vindicare poteſt, ita ſervitutem fundo ſibi pignorato debitam utili confeſſoria in rem actione vindicare poſſit. Plures ſunt vindicationis ſpecies: alia eſt directa, quae domino ſoli competit, *l. doce* 9. *C. de Rei vind.* alia eſt Serviana, ſeu hypothecaria actio, quae creditoribus competit: *l.* 3. §. *eſt autem* 3. *D. ad Exhibend. l. ſi cum vend.* 66. *D. de Eviction.* alia eſt vindicatio, ſeu in rem actio, qua ſervitutes vindicantur, & tam ſervitutes perſonarum, *l.* 1. *D. ſi Uſusfructus petatur d. l.* 3. §. 4. *D. ad Exhibendum.* quam rerum ſervitutes, *l.* 2. §. 1. *D. ſi Servitus vindicetur.* quae maxime obſtat cum *h. l.* 16. namque ibi ait Ulpian. neminem alium poſſe vindicare ſervitutem, quam dominum fundi; non igitur creditorem vindicare poſſe, qui dominus non eſt fundi pignorati.

Obſervandum eſt, eam fuiſſe Juliani ſententiam ex Sabinianis, fructuarium, & creditorem jus habere vindicandarum ſervitutum, *dict. l. unica* §. 4. & *ultim. de Remiſſ.* eandemque fuiſſe

Gaji

Gaji ſententiam, qui fuit ejuſdem ſcholae Sabinianorum; *l. creditori 9. D. de Novi oper. nunciat.* ſed diverſae ſcholae autores Proculejani non admittebant, fructuarium ſervitutes vindicare poſſe, Labeo, Nerva, Marcellus *d. l. 1. in princip. D. ſi Uſusfructus petatur*. Ita Julianus dabat nunciationem novi operis fructuario, *d. l. unica. §. 4. D. de Remiſſion.* Ulpianus negat, fructuarium vicino aedificanti novum opus nunciare poſſe, *l. 1. §. ultim. D. de Novi oper. nunciat.* fruſtra rationes quaeramus horumce locorum conciliandorum: ſed miremur magis oſcitantiam eorum, qui Pandectas componebant, quique pugnantes adeo locos in Pandectis reliquerunt, nempe *d. l. 1. D. ſi Uſusfr. pet. d. l. 2. §. 1. D. ſi Servitus vindicetur. d. l. 1. §. ultimo. D de Nov. oper. nunciat, eam d. l. unica. §. 4. & ultimo. D. de Remiſſionibus.*

*Ad verſiculum Idem.*

Vectigalis fundus, ſeu Emphiteuticarius eſt, qui ſub certa penſione fruendus datur, & vectigalis ideo dicitur, quod vectigal, id eſt, penſio ejus fundi nomine pendatur. Is autem, qui vectigalem fundum accepit, habet utilem in rem actionem, quamvis dominus non ſit, *l. 1. §. 7. D. ſi Ager vectigal. vel emphit. pet. l. ſi cum 66. D. de Eviction. l. 5. §. 3. D. Arborum furtim caeſar.* Quemadmodum igitur Julianus dabat creditori vindicationem ſervitutis, quod is fundum vindicare poſſet; ita & emphyteuticario; quod is etiam fundum vectigalem vindicare poſſet; an non & ſuperficiario dabitur vindicatio ſervitutis? Quia & creditori & fructuario comparatur. *l. eorum 19. D. de Damno infecto.* & emphyteuticario, *l. 3. §. 4. D. de Rebus eorum qui ſub tutela ſunt.*

LEX XVII. POMPONIUS Lib. ſingulari Regularum.

*Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non poteſt: quia uſus eorum indiviſus eſt: & ideo, ſi ſtipulator deceſſerit pluribus heredibus relictis, ſinguli ſolidam viam petunt; & ſi promiſſor deceſſerit, pluribus heredibus relictis, a ſingulis heredibus ſolida petitio eſt.*

Ea

Ea,quae in jure conſiſtunt,diviſionem tantum recipiunt, ut hereditas,quae in partes dividitur, *l. interdum* 13. §. 1. *D. de Heredibus inſtit.* ut nomina ſeu obligationes, quae ipſo jure inter coheredes dividuntur, *l. heredes* 25. §. 9. *D. Famil.erc.* ut ſcilicet heredes ex obligationibus defuncti, non in ſolidum, ſed tantum pro partibus hereditariis conveniri poſſint, *l. in executione* 85. *D. de V. O. l.* 2. *in fin. D.de Stipul. praetor. l. ea, quae* 6. *C. famil.erciſc. l.* 1. *C. ſi certum pet.* Et ex ſervitutibus quidem perſonarum uſusfructus diviſionem recipit, *l. uſus* 19. *D. de Uſu & habit.* Et ſi plures eadem re utuntur, quisque in ſolidum utitur, neque minus iſte utitur, quod alius eadem re utatur, *l. ſi ut certo* 5. §. *ult. Commodati.* Servitutes utrorumque praediorum in uſu conſiſtunt, & ideo diviſionem non recipiunt, *l. ſtipulationes* 72. *D. de V.O.* earum uſus individuus eſt, ut hic loquitur Pomponius, quod ex duabus ſpeciebus oſtendit.

Finge, Titius ſtipulator viam per fundum Maevianum ſtipulatus eſt, ſed antequam Maevius conſtitueret ſervitutem, Titius deceſſit pluribus relictis heredibus. Singuli heredes Titii a Maevio petent viam in ſolidum, non pro parte hereditaria, id eſt, quisque ex heredibus Titii agere poterit,jus ſibi eſſe eundi agendi per fundum Maevii, *l. ſi unus* 19. *D. de Servit. praed. ruſticor. d. l. heredes* 25. §. 9. *D. Famil. erciſc. l.* 2. §. *ex his* 2. *& l. pluribus* 140. §. 2. *D. de V.O.*

Contra finge,Titium viam per fundum ſuum Maevio permiſiſſe, ſed antequam conſtitueret ſervitutem, deceſſiſſe, pluribus relictis heredibus: Maevius a ſingulis heredibus Titii petet viae ſervitutem in ſolidum, non pro parte hereditaria, *d.l. heredes* 25. §. 9. *D. Famil. erciſc. d. l.* 2. §. *ex his* 2. *D. de V. O.* ubi locum iſtum Pomponii Paulus retulit, *l. ea,quae* 192. *D. de R.J.* verum an non ſit deterior conditio fundi ſervientis, ſi pluribus quam uni ſervit?

Finge, aquae hauſtus mihi ex vicino fundo debetur, plus minuetur aqua fundi ſervientis, ſi plures aquam, quam ſi unus hauriat. Tunc ſervitus menſura, aut temporibus inter coheredes dividitur, *l. arbor.* 19. *in fin. D. Communi dividundo.* praeterea licet ſinguli heredes agere poſſint, tamen ſit condemnatio,quatenus cujusque intereſt, *l.* 4. §. *ſi fundus* 3. *D. Si ſervitus vind.* & pro parte hereditaria tantum, *d. l. heredes* 25. §. 9. *D. Famil. erciſcund.*

## LEX XVIII. PAULUS Lib. 31. Quaeſtionum.

*Papinianus notat. In omnibus ſervitutibus, quae aditione confuſae ſunt, reſponſum eſt, doli exceptionem nocituram legatario, ſi non patiatur, eas iterum imponi.*

Cum Papinianum Caracalla interfici voluiſſet, forte poſt necem ipſius Paulus atque Ulpianus notas ad libros Papiniani ſcripſerunt, quarum meminit Conſtant. in *l.ult.C. de Sententiam paſſis & reſtitutis*. Imperatores in *l. unica. C. Th. de Reſponſis prudentum.* & Juſtinianus *in conſtitutione de conceptione D.* §. *ſed neque* 6. ubi Juſtinianus mandat Triboniano, ut notas Pauli atque Ulpiani ad libros Papiniani non ſtatim reſpuat,ſed,quod optimum videatur, adjiciat.

Ex notis Pauli relata eſt haec *lex*. 18. ad librum 31. Quaeſtion. Papiniani, ut eſt in Pandectis Florentinis, in quibusdam aliis codicibus ad librum 30. Quaeſtionum, fortaſſe rectius, namque ita jungi poſſet *h. lex* 18. cum *l.* 12. *D. ad L. Falcidiam.* verum ex lib. 31. Quaeſt. Papiniani nullum extat veſtigium, ad quod nota *h. legis* 18. referatur.

Finge,Titii praedium quoddam ſerviebat Maevio: Titius Maevium heredem teſtamento inſtituit, eodemque teſtamento Sempronio praedium, quod Maevio ſerviebat, legavit: Maevius hereditatem Titii adiit: ſic quidem aditione hereditatis confuſa eſt ſervitus, quam praedium Titii debebat Maevio, nam utriuſque praedii Maevius dominus factus eſt, ita ut jam alterum alteri ſervire non poſſit. Confuſione extinguuntur ſervitutes, quod contingit, ſi idem praediorum dominantis & ſervientis dominus factus ſit, *l. ſi quis aedes* 30. *D. de Servitutibus praed. urb. l. quidquid* 10. *D. Comm. praed. l.* 1. *D. Quemadmod. ſerv. amit. l.* 2. §. *penult. D. de Hered. vel action. vend. l. legatarius* 38. §. 1. *D. de Legat.* 1. *l. ſi ſervus* 70. §. 1. *l. legatum* 116. §. *ult. D. de Legat.* 1. veluti confunditur obligatio, cum jus creditoris & debitoris in eandem perſonam devenit, *l. penult. D. de Solut.* puta,ſi creditor debitoris heres fuerit, *l. ſi ei, cui* 41. §. 2. *D. de Evictionib. l. ſi id, quod* 21. *D. de Lib. legat. l. debitor* 59. *D. ad SCtum Trebell. l. debitor* 50. *D. de Fidejuſſor. l. debitori* 7.*C. de Pactis*, vel ſi contra de-

debitor creditoris heres fuerit, *l. 1. §. ſi debitor* 18. *D. ad Leg. Falcidiam.*

Finge igitur, confuſa ſervitute, quam praedium Titii debebat Maevio heredi inſtituto, & qui Titii hereditatem adiverat, Sempronius legatarius petiit legatum ſibi praedium a Maevio herede. Ait Paulus Papinianum notans, id eſt reprehendens, Sempronio legatario petenti fundum ſeu praedium poſſe Maevium heredem Titii exceptionem doli mali opponere, ſi Sempronius legatarius non patiatur ſervitutem, quae aditione hereditatis confuſa & ſublata eſt, cum Maevius adeundo hereditatem Titii, utriuſque praedii dominus factus fuerit, atque iterum ſervitutem praedio Titii imponi, ut ſcilicet etiam nunc praedium Titii fundo Maevii ſerviat, quemadmodum & ante aditam hereditatem ſerviebat. Non poſſumus ex veſtigiis *leg.* lib. 31. Quaeſt. Papinian. quae ſuperſunt, deprehendere, quam rationem habuerit Paulus, ut notaret Papinianum: fortaſſe ſimpliciter reſponderat Papinianus, aditione hereditatis confuſam eſſe ſervitutem; verum Paulus Papinianum notans adjecerat, non eſſe ſublatam omnino ſervitutem, quam heres oppoſita doli mali exceptione retinere poterat. Ita vendita hereditate, ſervitutes, quae ante aditionem hereditatis heredi debebantur, ei reſtituuntur, *d. l. 2. §. penult. D. de Heredit. vel act. vend.* & reſtituta hereditate ex SCto Trebelliano ſervitutes manent, *l. ſi heres* 73. §. 1. *D. ad SCtum Trebellianum.* Alia quidem ratio uſusfructus *l. is cujus* 26. *D. de Legat.* 2. Ratio diverſitatis eſt, quod fundus legatus talis ab herede praeſtari debet, qualis legatus eſt. Praeſtari igitur debet cum ſua qualitate, id eſt, ſervitute. At vero cum teſtator fundum legaverit, in quo heres habebat uſumfructum, uſusfructus conſolidatione amiſſus non reſtituitur, quia teſtator fundo legato uſum quoque legaſſe intelligitur. Fundi appellatione & proprietas & uſusfructus continetur, *l. ſi alii* 19. *D. de Uſuf. & red. legat. l. qui uſum* 58. *D. de V. O.* & uſusfructus portionem ſeu partem fundi facit, *l. cum filius* 76. §. 2. *D. de Legat.* 2. verum ſi Maevius heres inſtitutus a Titio, aditione hereditatis factus eſt dominus praedii Titiani, quod debebat ſervitutem, ut hic dicitur, & in *d. l. ſi ſervus* 70. §. 1. *D. de Legat.* 1. obſtat maxime, quod vulgo traditum eſt, dominium rei legatae recta via tranſire ad legatarium, *l. ſervo* 69. *in principio. D. de Legat.* 1. *l.* 3. §. *ſi rem* 2. *D. de Legat.* 3. *l. a Titio* 64. *D. de Furtis.* atque ita tranſire, ut ne

momento quidem dominium rei legatae penes heredem fuiſſe intelligatur, *l. ſed ſi 9. §. ſed & 5. D. de Peculio.*

Obſervandae ſunt ſemper differentiae legatorum ex jure antiquo, ex quibus & jam unam attigimus ad *l. 9. D. h. t.* Legatum igitur per vindicationem tranſibat ad legatarium, ita ut penes heredem non maneret dominium rei legatae. Legato autem fundo per damnationem, heres, adita hereditate, rei legatae dominium acquirebat: tantum habebat actionem legatarius ex teſtamento, non vindicationem. Quare *hujus leg. 18.* ſpecies conſtituenda eſt in legato per damnationem, & fingendum eſt, Titium Sempronio hoc genere legaſſe praedium ſuum, quod debebat ſervitutem praedio Maevii heredis inſtituti. Plures aliae fuerant differentiae inter haec genera legatorum: legatum per vindicationem non agnitum, licet legatarius nondum agnoviſſet, tranſmittebatur ad heredes, Paulus *lib. 3. Sententiar. tit. de Legat. l. 12. §. penult. D. Quando dies legati vel fideicommiſſ. cedat.* Legatum per damnationem non aliter tranſmittebatur, quam ſi legatarius agnoviſſet, & legatum ſibi relictum ad ſe pertinere voluiſſet: in legato per vindicationem jurabatur in litem, *l. cum pater 60. D. ad Legem Falcidiam*, non ſi legatum per damnationem peteretur ex teſtamento, *l. alias 6. D. de in litem jurand.*

Eas omnes differentias Juſtinianus ſuſtulit, atque unam omnibus legatis naturam aſſignavit, *l. 2. Cod. Commun. de Legat.* veruntamen in jure antiquo differentiae illae legatorum perpetuo ſunt obſervandae.

## LEX XIX. LABEO Lib. 4. Poſteriorum a Javoleno Epitomatorum.

*Etſi fundo, quem quis vendat, ſervitutem imponi, etſi non utilis ſit, poſſe exiſtimo: veluti, ſi aquam alicui (dedere) ducere non expediret, nihilominus conſtitui ea ſervitus poſſit: quaedam enim (debere) habere poſſumus, quamvis ea nobis utilia non ſunt.*

Antiſtius Labeo ſcholae Proculejanorum libros Poſteriorum reliquerat, qui poſt mortem iſtius editi fuerunt, quos libros & Javolenus contrariae ſcholae ex Sabinianis in epitomen redegerat,

rat, ut profert inſcriptio *hujus legis penult.* forte quod multa eſſent in his libris Poſteriorum, *ad enarrandam, & illuſtrandam linguam Latinam conducentia*, ut ſcribit Gellius *lib.* 13. *cap.*10. Tantum igitur ea collegerat Javolenus ex lib. Poſteriorum Labeonis, quae ad jus civile magis pertinebant.

Finge ad *h. leg. penult.* Titius, qui duo praedia habebat confinia, unum vendidit Maevio, & in lege ſeu pacto venditionis appoſitum fuit, ut praedium Maevio venditum ſervitutem aquae ducendae praedio Titii deberet, quamvis praedium Titii alioqui hujuſmodi ſervitute aquae ducendae non indigeret. Ita quidem poſſunt conſtitui ſervitutes pacto venditionis, *l. qui* 29. *D. de Servit. praed. ruſt.* vel pacto diviſionis, *l. cum eſſent* 33. *D. eod.* Nec modo rerum ſervitutes, ſed & perſonarum ſervitutes *l. ſi quis unas* 32. *D. de Uſuf. & quemadm.* ſed dubitationem faciebat, quod ea ſervitus aquae ducendae inutilis eſſet praedio Titii, & ſervitutes non valeant, niſi praediorum interſit, *l. quotiens* 15. *D. h. t. l. ſicut* 8. §. *ultimo*, *D. ſi Servitus vindicetur.* Atque ita forte Labeo lib. 4. Poſteriorum ſcripſerat. Javolenus tamen adverſus ſententiam Labeonis putat, recte praedio Maevii impoſitam fuiſſe ſervitutem, quamvis inutilis eſſet praedio Titii, & rationem affert Javolenus, quod quaedam habere poſſumus, quae nobis utilia non ſint.

Vulgo pugnare credunt *d. l.* 15. *D. h. t.* cum *h. leg. penult.* Et quidem ſervitutes non valent, ſi nil vicinorum intereſt, quod ita intelligendum eſt, ſi eo tempore, quo conſtituitur ſervitus, nihil intereſt, aut ſi nihil olim intereſſe potuit.

Finge, eo tempore, quo Titius exceperat ſervitutem aquae ducendae praedio vendito, inutilis erat haec ſervitus, neque expediebat Titio per fundum Maevii aquam ducere. At fieri poterat, ut quandoque expediret. Intereſt Titii eam habere ſervitutem in fundo Maevii, non ratione praeſentis, ſed ratione futurae utilitatis, vel potius dicendum eſt, expedit habere ſervitutem, etiamſi inutilis fuerit, dummodo ſerviat voluptati, intereſt noſtra habere ſervitutem non modo ratione utilitatis, ſed etiam voluptatis, maxime ſervitutem aquae ducendae, quia non ſolum ad irrigandum agrum, ſed etiam amoenitatis cauſa aqua duci poteſt, *l.* 3. *in princip. D. de Aqua quotid. & aeſtiv.* quam veriorem hujuſce loci interpretationem eſſe crederem.

Lex

## LEX XX. JAVOLENUS Lib. 5. ex Poſterioribus Labeonis.

*Quotiens via , aut aliquod jus fundi emeretur , cavendum putat eſſe Labeo*, per te non fieri , quominus eo jure uti poſſit : *quia nulla ejuſmodi juris vacua traditio eſſet. Ego puto , uſum ejus juris pro traditione poſſeſſionis accipiendum eſſe. Ideoque & interdicta veluti poſſeſſoria conſtituta ſunt.*

Servitutes ſunt jura praediorum , *l. quid aliud* 86. *D. de V. S.* ſervitus eſt jus fundi , ut *hic* dicitur , & in *l. via* 23. §. *ult. D. de Servit. praed. ruſt. l. ultim. D. de Itinere actuque privato* . Non tamen legendum in *l.* 4. *in princ. D. ſi Servitus vindicetur* , *jus fundi* , ſed, ut eſt in Pandectis Florentinis , *jus eundi* , quia ibi loquitur Ulpianus de ſervitute itineris , quae nihil aliud eſt, quam jus eundi.

Finge ad *h. legem ultimam*, Titius vendiderat ſervitutem viae Maevio , vel aliud jus fundi , ſeu aliam ſervitutem . Labeo putabat , Titium , qui vendiderat ſervitutem , cavere debere, interpoſita ſtipulatione , Maevio emtori , per ſe non fieri , quominus Maevius ea ſervitute utatur , ut ſi Titius Maevium uti ſervitute prohiberet , ita Maevius ex ſtipulatu adverſus eum ageret , quanti intereſt,ſe non eſſe prohibitum uſu ſervitutis.Ratio Labeonis fuit , quod licet venditor vacuam poſſeſſionem rei venditae tradere teneatur , *l.* 2. §. 1. *D. de Act. emti. l.* 4. *D. de Uſuris* , ſervitutes utpote res incorporales traditionem non recipiunt , *l. ſervus* 43. §. 1. *D. de Adquirend. rer. dom.* verum Labeonem Javolenus notat alia ratione , quod uſus ſervitutum ſit pro traditione , vel quaſi traditione . Servitutes non poſſidentur, ſed quaſi poſſidentur , *l. ait Praetor* 23. §. 2. *D. ex Quibus cauſis majores*, *l. Si quis* 10. *D. ſi Servitus vindicetur* , *l.* 3. §. *ult. D. de Vi & vi arm.* atque ubi poſſideri dicuntur ſervitutes , id de quaſi poſſeſſione intelligendum eſt , ut in *l.* 3. *D. ſi Uſusfruct. pet. l.* 6. §. 2. *D. ſi Servitus vindicetur* , *l.* 2. §. *ult. D. Precario* , ſervitutes quoque non traduntur , ſed eſt earum quaſi traditio , *l. ſi ego* 11. §. 1. *D. de Publ. in rem action. l.* 1. *in fine D. de Serv. praed. ruſtic.* Ideoque ait Javolenus,interdicta veluti poſſeſſoria dari nomi-

mine ſervitutum. Interdicta poſſeſſoria rerum corporalium nomine dantur adipiſcendae, retinendae, & recuperandae poſſeſſionis §. 2. *Inſt. de Interdictis*, quaſi poſſeſſoria interdicta ſunt tantum retinendae poſſeſſionis, veluti interdictum de itinere actuque privato, *l.* 2. §. *Pomp.* 3. *D. ſi Servitus vindicetur*, *l. ult. D. Quemadmodum ſervitus amitt. l.* 1. *in princ. l.* 3. §. *idem Julianus* 5. *De itinere actuque privato*, *l.* 1. §. *ſi inter* 26. *D. de Aqua quot.* Non vero datur interdictum recuperandae poſſeſſionis.

Finge, ſi quis, cum ſervitute viae uteretur per alienum fundum, & dominus fundi eum dejecerit, non habet interdictum, Unde vi, quod eſt recuperandae poſſeſſionis, *l.* 4. §. *ſi viam* 29. *D. de Uſurp. & uſucap.* fructuario quidem dejecto e poſſeſſione fundi, in quo habet uſumfructum, datur interdictum, Unde vi, quia fructuarius naturaliter poſſidet, *l. naturaliter* 12. *D. de Adquir. vel amitt. poſſ.* & ita habet interdictum, Unde vi, *l.* 9. §. *dejectum* 1. *D. de Vi & vi armata.*

Verum *huic l. ultimae* videtur obſtare *l. penultima*, *D. de Aqua quot.* ubi Paulus *cautionem praeſtandam eſſe* ait, *ſi de itinere vel actu agatur*, quod intelligendum eſt, cum de jure ſervitutis non conſtat, & cum quis ſe dicit eſſe in poſſeſſione ſervitutis, quae quidem ſervitutum poſſeſſio vel quaſi poſſeſſio alia eſt, quam rerum corporalium. In rebus corporalibus is, qui poſſidet, nunquam petitoris partes ſuſtinet, §. *Aequae* 2. *Inſt. de Act.* ſed in ſervitutibus, qui poſſidet, quandoque petitoris partes ſuſtinet, *l.* 6. §. 1. & *l.* 8. §. 3. *D. ſi Servitus vind.*

ED.

# EDMUNDI MERILLII

AD

# TITULUM DIGESTORUM

DE

# REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETETUR,

ET DE

# CONDICTIONE, COMMENTARIUS.

Conceptio hujus tituli varias peperit interpretationes, quas veteres & novelli juris Gloſſographi tradidere, nulluſque alius in Pandectis titulus tam multas patitur acceptiones. Veteres igitur fere omnes verba illa, *de rebus creditis*, ſic intellexerunt, ut ſit generalis titulus ad omnes contractus, de quibus poſtea agit, veluti pignus, commodatum, depoſitum; ita ſuadente Ulpian. in *l.* 1. *h. t.* his autem verbis *ſi certum petetur*, *& de condictione*, quidam ſimul proponi exiſtimant, condictionem certi ſpecialem, qua mutuum petitur, & condictionem certi generalem, qua certum petitur, non ſolum ex mutuo, ſed ex quocumque alio contractu, ex quo certum debetur, *l. certi* 9. *D. h. t. l. in duobus* 28. §. *exceptio* 4. *D. de Jurejurando*, & ita verba hujuſce tituli trajiciunt, *& de Condictione*, *ſi certum petetur*. Alii putant, his verbis, *ſi certum petetur*, proponi condictionem certi ſpecialem, illis verbis, *de condictione*, proponi tantum condictionem certi generalem, quaſi ſpecialis certi condictio ex mutuo, & generalis certi condictio ex aliis cauſis dignoſcantur. Alii contra

tra

Digitized by Google

tra omnino his verbis, *de rebus creditis, ſi certum petetur*, proponi condictionem certi generalem, illis, *de condictione*, condictionem certi ſpecialem. Alii, his verbis, *de condictione*, intelligunt condictionem incerti generalem, qua incertum condicitur. Prout enim certum vel incertum in obligatione verſatur, certum petitur condictione certi, incertum condictione incerti, *l. ſi binarum* 35. *D. de Servitutibus urb. praed. l. ſed etſi* 22. §. *ult. D. de Condictione indebit. l.* 3. *D. de Condict. ſine cauſa*, *l. ſi tibi* 8. *D. de Act. emt. l. ſi quis* 12. *D. de Novat. & deleg.*

Inter varias illas *hujuſce tit.* acceptiones probarem magis, his verbis, *de rebus creditis*, proponi titulum generalem ad varios contractus, *d. l.* 1. *h. t.* tum quia Juſtinianus hanc tertiam partem D. vocat *libros* 8. *de rebus*, in *prooemio D.* §. *in ſecundo* 3. & *in conſtitutione ad Senatum*, §. *in tertia* 4. His verbis, *Si certum petetur*, putarem proponi condictionem certi, qua & certum petitur ex mutuo, *l.* 1. *D. de Condict. triticar.* Et in *tit. Cod. ſi certum petetur*, & qua certum petitur ex aliis contractibus, cum in perſonam eſt actio, *d. l.* 9. *D. h. t.* & *l.* 1. *D. de Interr. in jure faciend.* veluti cum certum petitur de chirographis, & de ſuffragiis in *Cod. Theod. lib.* 2. *tit.* 34. & *tit.* 36. his autem verbis poſtremis, *& de condictione*, novam interpretationem inducerem, quaſi accipienda ſit non ſolum de condictione certi ſpeciali, aut de condictione certi generali, aut de condictione incerti, ſed de omni condictione, ſeu condictionibus in genere, de quibus poſtea ſubjiciuntur Tituli generales: nam & ſub hoc ipſo titulo agitur de condictione ob injuſtam cauſam, *l.* 4. §. *res pignori* 1. *D. h. t.* & de condictione triticaria, *l. vinum* 22. & de condictione ſine cauſa, *l. ſi & me* 32. *D. h. t.* ut commodius ſuis locis exponetur.

## Lex I. Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

*E Re eſt, priuſquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de ſignificatione ipſius Tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia jura ſub hoc Titulo Praetor inſeruit, ideo* rerum creditarum *titulum praemiſit; omnes enim contractus, quos alienam fidem ſecuti inſtituimus, complectitur: nam, ut lib.* 1. *Quaeſtionum Celſus ait*, credendi *generalis*

*lis appellatio eſt : ideo ſub hoc titulo Praetor & de commodato, & de pignore edixit : nam cuicunque rei adſentiamur alienam fidem ſecuti, mox recepturi quid ex hoc contractu* , credere dicimur. ✝ Rei *quoque verbum, ut generale, Praetor elegit.*

Salvius Julianus autoritate D. Hadriani Edictum perpetuum compoſuerat, *l.* 2. §. 18. *Cod. de Veter. jure enucl.* quod erat titulis ſeu partibus diſtinctum, *l.* 2. *D. de Stat. hom.* Ulpianus in *h. l.* 1. ex lib. 26. ad Edictum eam partem Edicti perpetui exponebat, quae ad contractus pertineret, & a verbis *hujuſce legis primae*, lib. 26. ortum fuiſſe probabile eſt, ex quo etiam *l.* 7. 9. 11. 13. *h. t.* ſumtae ſunt. Cum igitur Praetor vellet Edictum proponere de contractibus, & condictionibus, ſeu actionibus in perſonam, quae ex contractibus oriuntur, *rerum creditarum* tit. praemiſerat, quia & *credendi*, & *rei* generalis appellatio eſt, eumque ordinem ſequutus eſt hic Juſtinianus, & Paulus *lib.* 2. *receptar. ſentent. tit.* 1. *Credere* proprie eſt mutuam pecuniam dare, *l.* 3. §. *penult.* & *l.* 4. *D. de SCto Macedoniano. l. ſi ventri* 24. §. *in bonis* 2. *D. de Rebus aut. jud. poſſ.* & *creditum* proprie eſt *mutuum*, *l.* 2. §. *mutui* 1. *h. t. l. in navem* 31. *D. Locati.* in qua propria credendi appellatione ludebat feſtiviter Martialis *lib.* 3. *epig.* 15.

*Plus nemo credit, quam tota Codrus in urbe,*
*Cum ſit tam pauper: quomodo? Caecus amat.*

Inde etiam creditores proprie, qui mutuam pecuniam dederunt, *l.* 5. §. *is quoque* 3. *D. de Oblig. & act.* & *l.* 2. *D. de V. S.* colligi poteſt in XII. tabulis, proprie creditores fuiſſe, qui aes, ſeu pecuniam credidiſſent, ſiquidem ex his legibus permiſſum erat creditoribus debitores ſibi addictos in nervo habere, & membratim diſcerpere, eos nempe, qui aeris confeſſi & debiti judicati eſſent, Gellius *lib.* 15. *cap.* 13. verumtamen crediti appellatio ad omne negotium extenditur, ſeu ad omnem contractum, in quo alienam fidem ſequuti ſumus, namque & qui deponit rem ſuam apud alium, credit, *d. l. ſi ventri* 24. §. *in bonis* 2. *D. de Reb. aut. jud. poſſ.* & *l. eandem* 9. *D. de Duob. reis.* Ita & creditores dicuntur non tantum, qui pecuniam crediderunt, ſed quibus ex quacumque cauſa, ſive actione debetur, *l. creditores* 10. *D. de V. S. l. ſi cum fideicommiſſum* 16. §. *ne quis* 2. *D. Qui & a quibus manumiſſi.*

*ſi. l. is cui* 42. §. *creditores* 1. *D. de Oblig. & act.* Quod autem ait Ulpian. *mox recepturi quid ex hoc contractu*, cum aliquo temperamento intelligendum eſt, ut non poſſit ſtatim creditor debitum exigere, *l. promiſſor* 21. *D. de Conſtit. pecunia.* Lucius Seneca *lib.* 1. *cap.* 2. *de Benef.* nec omnis exactor ad horam & diem debitorem appellat. Menippus Philoſophus dictus fuerat ἡμεροδανείστης, quaſi uno die tantum crederet, & ſtatim debitum reddi vellet. Diogenes Laertius *in Menippo.* Sed ut *credendi*, ita *rei* quoque generalis appellatio eſt, que & bona omnia comprehendit, *l. ſi legatus* 30. §. 1. *D. ad SCtum Trebell. l. meorum* 91. *D. de V. S.* atque etiam actiones & delicta, *l.* 4. *D. de Oblig. & act.*

LEX II. PAULUS Lib. 28. ad Edictum.

*Mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depoſitum) ſed idem genus: nam ſi aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.*

Praemiſſo tit. *rerum creditarum* prius agitur de mutuo, quia in eo contractu magis creditur, & fides habetur, quam in caeteris contractibus. Etenim in mutuo res ita datur, ut accipientis fiat, & alia res ejuſdem generis & qualitatis reddatur, *l.* 1. §. 2. *D. de Oblig. & action.* ſeu ejuſdem materiae, *l. oleo* 23. *C. de Uſuris.* ſi autem convenerit, ut eadem res reddatur, non eſt mutuum, ſed commodatum vel depoſitum. Vicini ſunt iſti contractus, mutuum, & commodatum. Commodare & mutuari promiſcue uſurpantur. Commodare eſt mutuum dare, *l.* 1. *C. Th. Quod juſſu*. Mutuari contra eſt commodare, *l. quaeſitum* 12. §. *ſi quis eod.* 14. *D. de Inſtruct. & inſtrum. leg.* differunt tamen in eo, quod rei mutuo datae dominium in accipientem transferatur, *l.* 2. §. 2. *h. t. l.* 1. *D. de Liberat. legat. l. Quintus* 27. §. *argento* 2. *D. de Auro & argento legato.* in commodato neque dominium neque poſſeſſio transfertur, *l.* 9. *& l.* 10. *D. Commodat. l.* 1. *in fin. D. de Precario.* ſi convenerit, ut res alius generis reddatur, puta vinum pro tritico, non erit mutuum, ſed permutatio, *l. penult. C. de Rerum permut.* ſeu contractus innominatus, do ut des, *l. natu-*

*ralis 5. §. 1. D. de Praeſcript. verbis.* quod ſi is, qui rem dederit mutuam, non habeat animum recipiendi, non erit mutuum, ſed donatio. Salvianus *lib. 2. de gubernat. Dei. Fruſtra foenerat, qui de receptione deſperat.*

## *Ad* §. 1.

§. 1 *MUtui datio conſiſtit in his rebus, quae pondere, numero, menſura conſiſtunt: quoniam eorum datione poſſumus in creditum ire, quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quam ſpecie. Nam in caeteris rebus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt.*

Mutuum contrahitur in his rebus, quae pondere, numero, menſura conſtant: et ita Hirtius Caeſari dabat duo millia muraenarum mutua in pondus, apud Varronem *lib. 3. de Re ruſtica cap. ult.* ſed & alii contractus poſſunt etiam in iiſdem rebus contrahi, ut commodatum, puta, ſi pecunia commodata ſit, & convenerit, ut idem corpus reddatur, *l. 3. & 4. D. Commod.* Mutuum vero in his rebus ſolum contrahitur, quae functionem in ſuo genere non recipiunt, puta, ubi vinum datum eſt mutuo, ejuſdem generis vinum redditur. In aliis rebus, quae pondere, numero, menſura non conſtant, mutuum non poteſt contrahi, quia aliud pro alio, invito creditore, ſolvi non poteſt. Puta, ſi vinum datum ſit mutuum, triticum ſolvi non poteſt. Volente tamen creditore, aliud pro alio recte ſolvitur, *l. 1. §. an poteſt 5. D. de Conſtit. pecun. l. ſi ei 25. D. de Jure dot.* nihilominus mutuum fuiſſe intelligitur, licet res ejuſdem generis non reddatur; quia contractus ex obligatione, non ex ſolutione conſiſtere intelliguntur, *l. pretii 9. C. de Reſcind. vendit.*

## *Ad* §. 2.

§. 2. *APpellata eſt autem* mutui datio *ab eo, quod de meo tuum fit: & ideo ſi non fiat tuum, non naſcitur obligatio.*

Ju-

Jureconſulti circa verborum originationem ſaepe ludunt exemplo Stoicorum, qui ſtudioſe exquirebant, unde ducta eſſent vocabula. Gellius de Labeone, *lib.* 13. *cap.* 10. *Latinarumque vocum origines rationeſque percalluerat, eaque praecipue ſcientia ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur*: ſed plerumque illi ſcitam fictamque verbi magis, quam veram notitiam proferunt, veluti cum mutuum dicitur, quaſi de meo tuum, *h.* §. 2. teſtamentum mentis teſtatio, *Inſt. de teſtam. in princip.* oppidum ab ope, *l. pupillis* 239. §. 7. *D. de V. S.* veluti cum Q. Mucius JCtus apud Varronem *lib.* 6. *de Lingua Latina.* nexum inde dictum eſſe ait, quod neque ſuum ſit.

## *Ad* §. 3.

§. 3. Creditum *ergo* a mutuo *differt*, *qua genus a ſpecie. nam creditum conſiſtit extra eas res, quae pondere, numero, menſura continentur: ſicut, ſi eamdem rem recepturi ſumus, creditum eſt. † Item mutuum non poteſt eſſe, niſi proficiſcatur pecunia; creditum autem interdum, etiamſi nihil proficiſcatur, veluti, ſi poſt nuptias dos promittatur.*

Paulus ad *finem hujuſce legis* differentias inter mutuum & creditum exequitur. Omne quidem mutuum eſt creditum, ſed non contra omne creditum mutuum eſt. Haec autem verba ſolum interpretatione indigent, *veluti ſi poſt nuptias dos promittatur.*

Finge, contractis nuptiis dotem promiſſam fuiſſe, ut fieri poteſt, *l.* 1. *l. ſi pater* 12. §. 1. *D. de Pactis dotal.* non modo ut integra dos promittatur, ſed etiam poſt factas nuptias augeatur, *l. ult. C. de Donat. ant. nupt.* eo caſu creditum fit, & ſi poſt factas nuptias nihil ſequatur. In his autem verbis Cujacius recte manum Triboniani deprehendebat, *lib.* 23. *Obſervat. cap.* 18. ſcripſerat Ulpian. *ſi poſt nuptias dos dicatur*, non *promittatur*. (* quam loquendi formulam Cicero ſequutus eſt, *in oratione pro Flacco cap.* 34. *doti*, inquit, *Valeria pecuniam omnem dixerat*: nihil iſtorum explicari poteſt, niſi oſtenderis, illam in tutela Flacci non fuiſſe, ſi ſit, quaecumque ſine hoc Auctore eſt dicta dos, nulla eſt.) alioqui ſi verba *hujus* §. 3. accipiantur de promiſſione dotis, quae fieret per ſtipulationem; ſupervacuum eſſet, quod Paulus in §. *ult.*

*hu-*

*hujuſce legis* ſubjicit verbis,*credi interpoſita ſtipulatione*, quum id jam in *hoc* §. 3. praemiſiſſet.

*Ad* §. 4.

§. 4. IN *mutui datione oportet,dominum eſſe dantem. nec obeſt, quod filius familias & ſervus, dantes peculiares nummos, obligant: id enim tale eſt, quale, ſi voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

Creditum poteſt contrahi ex alienis rebus,nam & res aliena vendi poteſt,*l.rem alienam* 28.*D.de Contrahenda emt.* & pignori dari, *l.tutor* 16.§ 1.*D.de Pignorat.act.l.ſi fundus* 16.§.1.*D.de Pignor & Hypoth.* Mutuum in re aliena contrahi non poteſt, unde ſi Titius alienos nummos mutuos dederit Maevio, Maevius ex mutuo Titio non obligabitur,quia non potuit Titius dominium nummorum, quod non habebat, in Maevium transferre, *l.traditio* 20.*D.de Acquirendo rer.dominio.*debet creditor propriam pecuniam numerare,ut debitorem ſibi habeat obligatum,*l.non unde* 7.*C.ſi certum petetur.* verum ita videretur, nec ſervum, nec filium familias ex nummis peculiaribus poſſe debitores obligare, quia nec filii familias, nec ſervi ſunt domini nummorum, quos habent in peculio, *l.ſtipulatio* 38. §. 9. *D. de V. obl.* ſed quemadmodum ſi Titius pecuniam Maevii voluntate ipſius daret mutuam, Titius debitorem Maevio obligaret, ita filii familias & ſervi voluntate parentum, & dominorum,qui liberam peculii adminiſtrationem conceſſerunt, *l.ſi. convenerit* 18. *& l.ſeq. D. de Pignorat. act. l. rogaſti* 11. §. *ult. h. t.* mutuos dare nummos intelliguntur, patrique vel domino obligatio acquiritur, *l. nec ſervus* 41. *D. de Peculio. l. placet* 79. *D. de Acquir. vel. amitt. her.*

*Ad* §. *ultimum.*

§. 5. V*Erbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito: veluti ſtipulatione.*

Qui ſtipulatur, promiſſoris fidem ſequitur, & ita credere, ſeu ſi-

fidem habere intelligitur. *Stipulatio eſt verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus reſpondet.* Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 3. ut verbis, ita litteris olim credebatur, cum fierent litterarum obligationes, ſeu nominum, §. 1. *Inſt. de litterar. obligat.* ſed quia ſublatae erant illae nominum obligationes, id conſulto hic omiſſum eſt.

Lex III. Pomponius Lib. 27. ad Sabinum.

C*Um quid mutuum dederimus, etſi non cavimus*, ut aeque bonum nobis redderetur, *non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere ſit, reddere; veluti, vinum novum pro vetere. Nam* in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt: *id autem agi intelligitur, ut ejuſdem generis, & eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit.*

Contractus habent ſuam naturam, *l.* 7. §. *quin imo* 5. *D. de Pactis.* ita dos ſuam naturam habere dicitur, *l. ſi unus* 27. §. *pactus* 2. *D. de Pactis.* depoſitum, *l. Lucius Titius* 24. *D. Depoſit.* mandatum: *l. naturalis* 5. §. *ſed ſi facio* 4. *D. de Praeſcript. verbis.* habent propria quaedam, *l.* 5. *D. de Actionib. emti.* quae dicuntur caetera venditionis, *l. ſi duo* 13. §. *ſi quis juraverit* 3. *D. de Jurejurando*. Quae igitur propria ſunt contractuum, ſeu de natura eorum, ea veniunt in contractibus, licet expreſſa non fuerint inter contrahentes: puta, quia evictio eſt de natura venditionis, venditor de evictione tenetur, licet inter venditorem, & emtorem non convenerit, ut teneretur, *l.* 6. *C. de Evictiòn.* Contractus mutui habent ſuam naturam, ſcilicet ut re mutuo data, alia ejuſdem bonitatis reddatur, licet creditor in mutui datione non caverit, ut res aequae bona ſibi redderetur. Quod ſi debitor rem non ejuſdem bonitatis reddat, manebit obligatus, nec liberabitur, *veluti*, inquit Pomponius, *ſi reddatur novum vinum pro vetere*. Vinum vetus eſt prioris anni, *l.* 11. *D. de Trit. vino vel oleo legat.* quod ſemper majoris eſt pretii, unde a Novembri menſe vinum novum militibus erogari volunt Imperatores; cum diſpendioſa eſſet veteris vini erogatio, *l.* 10. *de Erogatione milit. annonae lib.* 12. *C.* Ita non licet rem commodatam aut depoſitam deteriorem reddere, *l.* 3. §. *ſi reddita* 1. *l.* 18. §. 2. *D. Commodati.*

*l.* 1.

Digitized by Google

*l.* 1. §. *ſi res* 16. *D. Depoſiti.* meliorem licet ſolvere, non deteriorem, *l. Paulus reſpondit* 101. *D. de Solution.* Pomponius ſubjicit (*in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt*) quod agitur, id eſt, de quo cogitatur inter contrahentes, de quo ſenſerint in contrahendo, *l. qui cum* 9. §. *ult. D. de Tranſact. l. cum qui* 41. *D. de V.O. l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *D. de R.J.* quod agitur ex natura contractus apparet, & tacite actum intelligitur, nec enim tantum verbis, ſed etiam ſilentio quaedam conventiones fiunt, *l. ea lege* 51. *in principio. D. Locati.*

Obſtare videtur huic Pomponii reſponſo, quod quamvis verum ſit, in contractu bonae fidei quaedam venire, quae expreſſa non fuerint inter contrahentes, §. *in bonae fidei* 30. *Inſt. de Action.* ſecus tamen obſervari debeat in contractibus ſtricti juris, ut eſt mutuum, ut eſt ſtipulatio, in qua id ſolum venit, quod expreſſum: non expreſſum pro omiſſo habetur, *l.* 7. §. 3. *D. de Dolo. l. quidquid* 99. *D. d. V. O.* Verum mutuum habet ſuam propriam naturam, & quod eſt ex natura mutui, ſemper cautum, aut expreſſum habetur. Stipulatio omni negotio interponitur, *l.* 5. *verſ. Conventionalis. D. de V. O.* ſed non habet propriam aliquam naturam, niſi eam, quae ex verborum conceptione conſtat. Quare ſi quid verbis ſtipulationis comprehenſum non fuerit, pro omiſſo habetur, adeo ut vix pactum ſtipulationi ſubditum ipſi ineſſe videatur, *l. lecta* 40. *D. h. t.* quia ſtipulationis verbis non continetur: mutuum quidem eſt contractus ſtricti juris, ſed tamen in eo maxime fides ſervanda eſt. Sextus Caecilius JCtus apud Gellium *lib.* 20. *cap.* 1. *Hanc autem fidem majores noſtri, non modo in officiorum vicibus, ſed in negotiorum quoque contractibus ſanxere, maximeque in pecuniae mutuaticae uſu atque commercio.*

## Lex IV. Ulpianus Lib. 34. ad Sabinum.

S*I quis nec cauſam, nec propoſitum foenerandi habuerit, & tu emturus praedia, deſideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, quia neceſſitatem forte proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam*, ut, ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, *hoc depoſitum periculo eſt ejus, qui ſuſcepit. Nam*

*&*

*& qui rem vendendam acceperit*, ut pretio uteretur, *periculo ſuo rem habebit.*

Titius cum praedia emere vellet, rogaverat Maevium, ut ſibi pecuniam in praediorum emtionem crederet, nec tamen prius eam crediti nomine haberet, quam ſi praedia emeret. Maevius, qui neceſſitatem proficiſcendi forte habebat, eam pecuniam apud Titium depoſuit, ut, ſi Titius praedia emeret, pecunia credita fieret, ſi non emeret, eandem pecuniam Titius Maevio redderet. Dum Titius de praediis emendis cogitaret, depoſita apud eum pecunia, caſu fortuito periit. Quaerebatur, cujus eſſet periculum. Ait Ulpianus, periculum eſſe Titii. Certum eſt quidem, rem ſuo domino perire, *l. pignus* 9. *C. de Pignor. act.* atque ita pecuniam Maevii, quae nondum erat mutua, ſed depoſita, ipſi perire debuiſſe, nam rei depoſitae & dominium & poſſeſſionem retinemus, *l. officium* 9. *D. de Rei vind. l. licet* 17. §. 1. *D. Depoſiti.* ſed quia depoſita fuerat pecunia gratia Titii, ut ex ea praedia emeret, ideo periculum eſt ipſius, non erat depoſita Maevii gratia, quia nec propoſitum, nec cauſam foenerandi habuerat. Et depoſitum quidem fuit, non mutuum, quia in omni contractu initium debet inſpici, & cauſa contractus, *l. ſi procurator* 8. *in princip. D. de Mandato. l. ſi id, quod* 58. §. 2. *pro ſocio.*

Foenerare autem hic accipere debemus, mutuam dare pecuniam abſque uſuris, ut alibi ſaepe. D. Auguſtinus in *lib. de Deuteronom.* ad illum locum, *egeno & pauperi foenus foenerabitis.* Cum opera miſericordiae praecipiat, non utique uſurarum crudelitas ſuſcipienda eſt. Unde apparet, quod ait foenus foenerabitis, ei mutuo dandum, quod poſtularet, intelligi voluiſſe.

## *Ad* §. *Res pignori* 1.

§. 1. R*Es pignori data, pecunia ſoluta condici poteſt, & fructus ex injuſta cauſa percepti condicendi ſunt. Nam & ſi colonus poſt luſtrum completum fructus perceperit, condici eos conſtat: ita demum, ſi non ex voluntate domini percepti ſunt: nam, ſi ex voluntate, proculdubio ceſſat condictio.*

Debitor cum mutuam acciperet pecuniam, fundum creditori

pignoravit, ſi debitor pecuniam creditori ſolverit, poterit fundum pignoratum condicere, ſcilicet conditione ob injuſtam cauſam, non condictione certi ex mutuo, praeterquam ſuadent ſatis verba illa, *fructus ex injuſta cauſa percepti condicendi erunt*; magis ratio evincit. Nam condictio ob injuſtam cauſam competit, cum res ſine juſta cauſa ad aliquem pervenerit, *l.* 6. *D. de Condiction. ob turpem cauſam.* vel ubi juſta cauſa fuerat, quae poſtea redit ad non juſtam cauſam, *l.* 1. §. *conſtat* 3. *D. de Condictione ſine cauſa*. Juſta cauſa erat ab initio, cur creditor rem debitoris haberet ad reſtituendae pecuniae ſecuritatem: ſoluta vero pecunia, juſta cauſa redit ad injuſtam cauſam, cum nulla ſit cauſa, ut creditor rem debitoris retineat: atque ita debitor rem ſuam condictione ob injuſtam cauſam condicere poteſt, non vero condictione certi; nam condictione certi intendimus, nobis dari, id eſt, rem noſtram fieri, *l.* 5. *D. h. t.* §. *ſic itaque* 14. *Inſt. de Actionib.* at cum dominium rei pignoratae maneat penes debitorem, *l. cum & ſortis* 35. §. *ultimo. D. de Pignorat. act.* non poteſt debitor intendere, rem ſuam ſibi dari, ſed reſtitui oportere, quia per condictionem ob injuſtam cauſam poſſeſſionem naturalem revocat, *l. videamus* 38. §. *ſi poſſeſſionem* 10. *D. de Uſuris.* nec tantum debitor fundum condicere poterit, ſed & fructus, quos creditor percepit, vel ante vel poſt ſolutam pecuniam, quia fructus rei pignoratae ad creditorem non pertinent, *l.* 1. *C. de Pignorat. action.*

*Ad* §. *ultimum.*

§. 2. E*A, quae vi fluminum importata ſunt, condici poſſunt.*

Hic quoque locus debet intelligi de condictione ob injuſtam cauſam, vel de condictione ſine cauſa, nam quae vi fluminum importantur aliò, ea manent veteris domini, *l. hoc amplius* 9. § 1. *D. de Damno infecto* & ita dominus non poteſt res ſuas certi condictione condicere, ſed condictione ſine cauſa, vel ob injuſtam cauſam.

LEX V. POMPONIUS Lib. 22. ad Sabinum.

*Quod*

*Quod te mihi dare oporteat, ſi id poſtea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum conſtat. † Sed cum quaeratur, an per te factum ſit, animadverti debebit, non ſolum in poteſtate tua fuerit id, nec ne; aut dolo malo feceris, quo minus eſſet vel fuerit, nec ne; ſed etiam, ſi aliqua juſta cauſa ſit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.*

Centones JConſultorum ſimul conſuendi ſunt, & ad ſuas inſcriptiones revocandi, ut ex eis aliquid certae interpretationis conſtare poſſit, quod vel maxime ex *h. l. 5.* probatur, cujus ſpecies repetenda eſt ex *l. penult. D. de Condict. cauſa data.* ex eod. lib. 22. Pomponii ad Sabinum.

Finge, ſervus Titii venerat in ſuſpicionem furti Attio, Titius ſervum ſuum dederat Attio ea cauſa, ut de eo quaeſtionem haberet, & ſi, quaeſtione de ſervo habita, ſervus innocens repertus eſſet, eum ſervum Attius Titio redderet. Attius de ſervo quaeſtionem non habuit, ſed quaſi in facinore & manifeſto furto deprenſum, Praefecto vigilum tradidit. Praefectus ſervum ſummo ſupplicio affecit. Ajebat Pomponius, poſſe Titium adverſus Attium agere, ſervum ſibi dari oportere, quia licet mortuus eſſet ſervus, tamen Attius dolo malo fecerat ante mortem ſervi, quominus dare poſſet, imo videbatur ſervum occidiſſe, qui mortis cauſam praebuerat, *l. 51. D. ad L. Aquil.* & *l. 15. D. ad L. Corneliam de ſicariis*. Idem juris eſt, ſi Attius in reddendo ſervo moram feciſſet, & poſt moram ſervus periiſſet, *l. ſi ex legati cauſa 23. D. de V.O.* alioqui, re debita ante moram debitoris peremta, antequam debitor in ea reddenda moram fecerit, vel ſolvenda, interitu ipſius rei debitae liberatur, ſive ex legato debeatur, ſive ex ſtipulatione, ſive ex quolibet alio contractu certo, vel incerto: ubi vero debitor interpellatus opportuno loco, & tempore, *l. mora 32. in princip. D. de Uſuris* non ſolverit, mora facta, perpetuatur obligatio debitoris, *l. ſi quis 24. §. 1. D. eod. tit. de Uſuris. l. cum ſervus 39. §. 1. D. de Legat. 1. l. is, qui 45. D. de Obligat. & action.* ita ut debitor non teneatur ad rem, quae peremta eſt, ſed ad rei aeſtimationem. Proculejani tamen diſtinguebant, adverſus Sabinianos, utrum eodem modo res peritura fuiſſet apud creditorem, quo caſu non putabant, debitorem, licet mora

commiſſa, teneri ad aeſtimationem *l. illud* 40.*D. de Petit. hered. l. ſi plures* 14. §. *ultimo. D. Depoſiti.* debitor generis interitu rei, quam debet in genere, non liberatur, puta ſi quis triticum, vinum, oleum debeat, & vinum vel oleum effundatur, debitor non liberabitur, quia non debet vinum aut oleum in ſpecie, ſed in genere: ſpecies quidem ſeu res certa perire poteſt, genus autem non perit, & ex eodem genere functionem recipit, *l.* 2. §. 2. *D. hoc tit.* Atque ita licet domus tota debitoris incendio conſumta ſit, non propterea aere alieno liberatur, *l. incendium* 11. *C. Si certum petetur.*

## LEX VI. PAULUS Lib. 28. ad Edictum.

CErtum *eſt*, *cujus ſpecies vel quantitas*, *quae in obligatione verſatur*, *aut nomine ſuo*, *aut ea demonſtratione*, *quae nominis vice fungitur*, *qualis quantaque ſit*, *oſtenditur*. *Nam & Pedius libro primo de ſtipulationibus* * *nihil referre ait*, *proprio nomine res appelletur*, *an digito oſtendatur*, *an vocabulis quibuſdam demonſtretur*: *quatenus mutua vice fungantur*, *quae tantundem praeſtent.*

Cum Paulus differentias inter creditum, & mutuum afferret lib. 28. ad Edictum, & in *l.* 2. *D. h. t.* hanc & forte attulerat, quod in credito incertum, in mutuo non niſi certum eſſe poſſit, & ſumta occaſione certum definiverat.

Certum igitur eſt, ut hic Paulus definit, cujus ſpecies, vel quantitas qualis quantave ſit, oſtenditur. Species in corpore, quantitas in pondere, numero, menſura conſtat. Idem fere Gajus in *l. ſtipulationum* 74. *D. de V. O.* certum eſt, quod ex ipſa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque ſit, ut decem aurei, fundus Tuſculanus, homo Stichus. Nummi tamen non modo numero, ſed etiam certa determinatione certi eſſe intelliguntur; puta, ſi quis nummos ita legaverit: nummos, quos in area habeo, vel ſi quis nummos, quos in area habebat, legaverit, *l. plano* 34. §. *ſed ſi non* 3. *l. cum res* 47. §. 1. *l. ſed ſi* 51. *D. de Legatis primo l. ſi certos* 37. *D. de V. O.* ait Paulus, certam ſpeciem ſuo nomine determinari, puta, cum Stichus in obligationem, vel fundus Tuſculanus deducitur, aut ea determinatione, quae nominis vice fungitur, nam licet nomina



Digitized by Google

rerum ſignificandarum cauſa inventa ſint, §. *ſi quis in nomine* 29. *Inſt. de legat. l. Labeo* 7. *D. de Supellect. legat.* determinationes vice nominum funguntur, *l. quotiens* 9. §. *ſi quis nomen* 8. *D. de Hered. inſt.* quod igitur certum in obligatione verſatur, id petitur condictione certi, vel actione, ſi certum petetur. Ex mutuo quidem certa pecunia numerata petitur actione, ſi certum petetur. Caeterae res mutuo datae condictione triticaria peti poſſunt, *l.* 1. *D. de Condictione triticaria.* qua condictione non res ipſa petitur, ſed rei mutuo datae aeſtimatio, *l. vinum* 22. *D. h. t.* & *l.* 3. *D. de Condict. triticar.* Ratio diverſitatis inter pecuniam mutuam, & caeteras res pondere, numero, menſurave conſtantes manifeſta eſt, quod pecuniae, & nummorum certa ſit aeſtimatio, *l.* 3. *D. de In litem jurando*, pecuniae eſt una & eadem poteſtas, *l.* 3. *D. de Eo, quod certo loco*, aliae res vero pretii incrementum ac diminutionem recipiunt, maxime vinum, oleum, frumentum, *d. l.* 3. *D. de Eo, quod certo loco*. Nonnullam pretio earum rerum varietatem tempora afferunt, *l. pretia* 63. §. 2. *D. Ad legem Falcid.* Plinius *lib.* 33. *Natur. Hiſt. cap.* 13. *Pretia rerum, quae uſquam poſuimus, non ignoramus, alia in aliis locis eſſe, & omnibus pene annis mutari, prout navigationes conſtiterint, aut ut quiſque mercatus ſit, aut aliquis praevalens manceps annonam flagellet.* Porro ubi tradita eſt certi definitio, ex contrario cognoſcitur, quid ſit incertum, nempe, quod, quale, quantumque ſit non apparet, *l. ubi autem* 75. *D. de V. O.* Incertum eſt, quod ignoratur. Marcus Varro *lib.* 4. *de Ling. Lat. Incertus ager, qui de his* IV. *qui ſit, ignoratur*, Sicque intelligere debemus, Macedonem foeneratorem incertis nominibus pecuniam filiis familias credidiſſe in *l.* 1. *D. de SCto Macedon. incertis nominibus*, id eſt, quae ignorantur.

## LEX VII. ULPIANUS Lib. 26. ad Edictum.

*OMnia, quae inſeri ſtipulationibus poſſunt, eadem poſſunt etiam numerationi pecuniae: & ideo & conditiones.*

Omnes contractus inſeri poſſunt ſtipulationibus, nam quia ſtipulationes omnibus conventionibus adhibentur, *l.* 7. §. *quod fere* 12. *D. de Pactis* Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* 22. omnes contractus contine-

tinere poſſunt. Ita vero intelligi debet hic Ulpianus, ut omnia pacta, quae ſtipulationibus inſeruntur, eadem in contractu mutui poſſint inſeri. Conventio ad omnes contractus pertinet, ſive re, ſive verbis fiant, *l.* I. §. *conventionis* 3. *D. Pactis* Ex duodecim quidem tabulis in mancipationibus pacta, conventiones inſeri poterant, ut ex eo fragmento conſtat, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO, ad quod caput legis XII. tabul. referenda eſt, *l. in traditionibus* 48. *D. de Pactis*, ex lib. 3. Gaji ad leges XII. tabul. ubi ait *in traditionibus rerum quodcumque pactum valere.* in traditionibus rerum, quae fierent nexu, ut loquitur M. Tullius *in Top. cap.* 5. id eſt, mancipationibus. Traditio nexu nihil aliud eſt, quam mancipatio, & in his mancipationibus rerum, pacta, conventioneſque inſeri poterant, ſed non conditiones expreſſae, *l. actus* 87. *D. de R. J.* Verum numerationi pecuniae non modo pacta & conventiones, ſed etiam conditiones inſeri poſſunt tacitae vel expreſſae.

Finge, Titium 10. mutua dediſſe Maevio, & conveniſſe, ut 10. Maevius redderet, cum Titius petiiſſet. Quaeri poterat, an conventio illa, tacitam haberet conditionem, ut Titius a Maevio 10. peteret; aut ſi Titius prius decederet, quam peteret, Maevius non eſſet obligatus, Ulpian. in *l. ſi decem* 48. *D. de V. O.* Ait ſtipulationem ita factam *decem, cum petiero, dare ſpondes*, admonitionem magis quandam, quo celerius decem reddantur, & quaſi ſine mora, quam conditionem haberi, ex qua ſpecies *hujuſce legis* 7. videtur repetenda ex eodem lib. 26. Ulpiani ad Edictum.

## LEX VIII. POMPONIUS Lib. 6. ex Plautio.

*PRoinde mutui datio interdum pendet, ut ex poſtfacto confirmetur, veluti, ſidem tibi mutuos nummos*, ut ſi conditio aliqua extiterit, tui fiant, ſiſque mihi obligatus: *item, ſi legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad ſe pertinere; quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuiſſe, ut credita pecunia peti poſſit. Nam Julianus ait, & traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum ſit legatum aut adpoſitum.*

Exempla ſunt in *h. l.* 8. utriuſque conditionis expreſſae & tacitae

tae

tae, quae in mutui datione inſeri poſſunt. Expreſſae, puta ſi navis ex Aſia venerit, vel ſi quis ita pecuniam acceperit, ut credita fieret, ſi praedia emeret, *l.* 4. *D. h. t.* Tacitae, puta, ſi heres pecuniae corpus certum legatum crediderit, dicimus pecuniae corpus, non quantitatem legatam fuiſſe, ut in *l. ſed ſi certos* 51. *D. de Legat.* 1.

Finge igitur, ita pecuniae certum corpus legatum fuiſſe, eamque pecuniam heredem teſtatoris credidiſſe, ſi legatarius legatum agnoverit, non erit credita pecunia, quia dominium rei legatae recta via ad legatarium tranſit, *l. quotiens* 47. §. *ultim. D. de Peculio l. a Titio* 64. *D. de Furtis*, atque ita heres non potuit pecuniam legatarii credere, ſi vero legatarius legatum repudiaverit, credita fiet pecunia. Et ita ſub tacita conditione erat credita, ſi legatarius legatum repudiaret. Cujacius *lib.* 20. *Obſervat. cap.* 7. monet in authographo Pandectarum Florentinorum legi *repudiatum*, vel *acquiſitum* ſub finem hujuſce *l.* 8. quamvis excuſum ſit in Pandectis Florentinis *appoſitum*, quam lectionem primi juris interpretes agnoverunt.

## LEX IX. ULPIANUS Lib. 26. ad Edictum.

*Certi condictio competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praeſens ſit obligatio: caeterum ſi in diem ſit, vel ſub conditionem obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.* §. 1. *Competit haec actio etiam ex legati cauſa, & ex Lege Aquilia: ſed & ex cauſa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed & ſi ex Senatuſconſulto agetur, competit haec actio; veluti ſi is, cui fiduciaria hereditas reſtituta eſt, agere volet.* §. 2. *Sive autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſive alieno, per hanc actionem recte convenitur.*

§. 3. *Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, ſive re fuerit contractus factus, ſive verbis, ſive conjunctim, referendae ſunt nobis quaedam ſpecies, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum ſufficiat.*

Quidam incertum contractum dici in *h. l.* 9. exiſtimant, ex quo

quo incertum debetur,veluti incerta eſt ſtipulatio,cum quid incertum in ſtipulationem deductum eſt,*l.ubi autem 75.D.de V.O.* verius eſt tamen, incertum contractum eſſe innominatum in *h. l. 9. & l. 1. §. debitum 6. D. de Conſtituta pecunia l. & uno 18. in princip. D. de Acceptilat.* Certi contractus ſunt nominati, quibus proprium nomen Jure Civili impoſitum eſt, *l. 7.in princip. D. de Pactis*. Ita Varro apud Servium in ſchedis ad *lib. 2. Æneidos, v. 141. certos Deos appellat*, ſingulis actibus proprios. Incerti contractus ſunt innominati, qui nomen proprium non habent, cum plura ſint negotia, quam vocabula, *l. 3. D. de Praeſcript. verbis.* Ex illis contractibus innominatis non datur certa aliqua actio,ſed praeſcriptis verbis,quaſi ex verbis inter contrahentes praeſcriptis, ſeu in factum actio, quae rem,uti geſta eſt,demonſtrat, *l. 6. C. de Tranſactionibus.* quaeque incerta actio dicitur, *l. 22. C. de Donationibus*, quaſi ex incerto contractu, non enim ſemper incertum petitur actione praeſcriptis verbis, ſed quandoque certum ex incerto ſeu innominato contractu, ut praeterea incerta actio preſcriptis verbis dicatur, quia ex incerto contractu oritur, non quia incertum actione praeſcriptis verbis petatur.

## *Ad §. 4. 5. 6. & 7.*

§. 4 *Numeravi tibi decem, & haec alii ſtipulatus ſum: nulla eſt ſtipulatio. An condicere decem per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus intervenientibus: uno, qui re factus eſt, id eſt, numeratione: alio, qui verbis, id eſt, inutiliter: quoniam alii ſtipulari non potui? Et puto, poſſe. §. 5. Idem erit, ſi a pupillo fuero ſine tutoris auctoritate ſtipulatus, cui tutore (auctore) credidi: nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione. §. 6. Item quaeri poteſt, etſi, quod tibi numeravi, ſub impoſſibili conditione ſtipuler: cum enim nulla ſit ſtipulatio, manebit conditio. §. 7. Sed & ſi ei numeravero, cui poſtea bonis interdictum eſt, mox ab eo ſtipuler, puto, pupillo eum comparandum: quoniam & ſtipulando ſibi adquirit.*

Si Titius Maevio mutuam pecuniam dederit, eandemque Titius a Maevio ſtipuletur incontinenti, non eſt contractus mutui,

ſed

ſed verborum obligatio, *l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus* 2. *D. de V. O.* Non ſunt duae obligationes, ſed unus contractus ſtipulationis, *l. ſi ita fuero* 6. §. 1. *D. de Novationib.* qui tamen contractus ſit conjunctim re & verbis intervenientibus, *l. obligamur* 52. §. 3. *D. de Oblig. & action.* Ideo ſtipulationes numerationi pecuniae adhibebantur, ut duo vincula obligationum eſſent uno fortiora, vel ut verbis obligatio contracta, facilius verbis diſſolveretur, quam numeratione pecuniae. Verum ſi inutilis fuerit ſtipulatio, dicendum eſt, potius duos eſſe contractus, ut inutili ſtipulatione exiſtente, certum ex mutuo peti poſſit, *l.* 3. *C. de Contrah. & committ. ſtipul. d. l. ſi ita* 126. *D. de V. O.* ubi obligatio contracta ex mutuo naturalis dicitur, quod naturaliter, iſt eſt re ipſa, & datione ſeu numeratione pecuniae contrahatur, ut in *l. quia nat.* 10. *D. de SCto Macedoniano*, & fortaſſe ita intelligere debemus naturale vinculum apud Papinianum, *l. ſi fidejuſſor* 59. *D. de Condictione indebiti.*

Finge igitur, Titium Maevio dediſſe 100. mutua, & ſtipulatum fuiſſe Titium a Maevio, ea centum non ſibi, ſed Sempronio reddi, inutilis erit ſtipulatio, *l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *D. de V. O.* & in aliis tribus exemplis, quae Ulpianus ſubjicit §. 5. 6. & 7. *h. l.* 9. manebit tamen obligatio ex mutuo, quaſi duo contractus intervenerint, ut ſi non ex ſtipulatione, quae inutilis eſt, ex mutuo certum condicatur.

### *Ad §. penultimum.*

§. 8. S*I nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, abſente te & ignorante, Ariſto ſcribit, adquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro* 10. *ſcribit, veram eſſe Ariſtonis ſententiam: nec dubitari, quin, ſi meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poſcamus, ut noſtro nomine creditor ( meus & ) futuro debitori noſtro.*

Titius decem, quae habebat, mutua dedit Sempronio nomine Maevii, ut Sempronius debitor non eſſet Titio, ſed Maevio obligatus: ait Ulpianus, poſſe Maevium decem a Sempronio con-

 di-

dicere, ſive ignoraverit Maevius, ſive ſciverit, decem ex pecunia Titii ſuo nomine mutuo data eſſe.

Ratio dubitationis fuit, quod per liberam perſonam nihil nobis acquiritur, *l. ſolutum* 11. §. *per liberam* 6. *D. de Pignorat. act. l. ſtipulatio* 48. §. *alteri* 17. *D. de V. O. l.* 1. *C. per Quas perſonas*. Tum quia ſi Maevius abſens fuerit, vel ignoraverit, decem ſuo nomine data eſſe, mutuum non eſt contractum, quod non niſi inter conſentientes contrahitur, *l. ſi & me* 32. *D. h. t. l. in omnibus* 55. *D. de Oblig. & action.* Verumtamen ait Ulpianus, condictionem ex mutuo naſci, quaſi mutuum contractum fuerit, nam jure ſingulari receptum eſt, in contractu mutui per liberam perſonam nobis acquiri, ut & quaedam alia ſingularia in eo contractu, propter frequentiſſimum craeditae pecuniae uſum, ac propter publicam utilitatem recepta ſunt, adverſus communes juris regulas, *l. ſingularia* 15. *D. h. t.* Praeterea cum Titius decem mutua daret Sempronio, ſatis fuit, inter Titium creditorem, & Sempronium debitorem conſenſum interveniſſe, ut ita inter conſentientes mutuum contractum fuiſſe videatur.

Rationem reſponſi ſui Ulpianus probat ex eo, quod quotidie fieri ſolet. Unde hic interpretes non male obſervant, valere argumentum ab his, quae quotidie fieri ſolent, ex *l. quod ſi* 31. §. *quia aſſidua* 20. *D. de Aedilitio edicto, l. & quae* 15. §. 1. *D. de Pignor. & hypoth.* juncta *l. ultim. C. Quae res pignori. l.* 6. *in fin. D. de Precario. l. certi* 17. *C. de Judiciis.*

### *Ad* §. *Ultimum.*

§. 9. *Epoſui apud te decem, poſtea permiſi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere, quaſi mutua, tibi haec poſſe ajunt. Et eſt verum, ut & Marcello videtur, animo enim coepit poſſidere: ergo tranſit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, & poterit ei condici.*

### LEX X. ULPIANUS Lib. 2. ad Edictum.

*Quod ſi ab initio, cum deponerem*, uti tibi, ſi voles, *permiſero, creditam non eſſe, antequam mota ſit: quoniam debitum iri non eſt certum.*

Ti-

Titius 10. depoſuerat apud Maevium, poſtea Titius Maevio permiſit, ea pecunia uti, ſed antequam Maevius eam pecuniam ſumeret, a furibus intercepta fuit, vel alio modo periit. Ait Ulpianus, periculum eſſe Maevii, quia ex quo permiſit Titius Maevio uti pecunia, cepit Maevius animo poſſidere pecuniam, atque ita periculum Maevii eſſe debuit: non tamen inde colligas, poſſeſſionem ſolo animo acquiri, quae non niſi animo & corpore acquiritur; *l.* 8. *D. de Acquirend. vel amitt. poſſ. l. fere* 153. *D. de R. J.* Verum praeceſſerat traditio ex cauſa depoſiti, & poſtea verſum eſt depoſitum in contractum mutui, ut in *l. Lucius Titius* 24. *D. Depoſiti.* ut igitur mutuum contraheretur, cum depoſitum praeceſſiſſet, non opus fuit nova traditione ad poſſeſſionem transferendam, *l. qua ratione* 9. *§. interdum* 5. *D. de Acquirendo rer. dom.*

Sed finge, cum Titius 10. apud Maevium deponeret, ab initio inter eos conveniſſe, ut quotieſcumque vellet Maevius, ea pecunia uteretur, ſi pecunia perierit, antequam Maevius eam attingeret, vel moveret, periculum erit Titii, non Maevii: quia non prius videtur, contractum fuiſſe mutuum, quam cum Maevius pecuniam attigerit. Erat igitur antea depoſitum. Titius rei depoſitae dominium & poſſeſſionem retinuit, *l. licet* 17. *§.* 1. *D. Depoſiti, l. intereſſe* 39. *D. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* ideo pecunia Titio domino perire debuit, *l. pignus* 9. *C. de Pignorat. act.*

## Lex xi. Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

R*ogaſti me*, ut tibi pecuniam crederem, *ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, & nummis uterer is; ſi vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod ſi lancem, vel maſſam ſine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaeſtionis eſt? mihi videtur Nervae diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe, venalem habui hanc lancem, vel maſſam, nec ne: ut, ſi venalem habui, mihi perierit; quemadmodum ſi alii dediſſem vendendam: quod ſi non fui propoſito hoc, ut venderem, ſed haec cauſa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periiſſe; & maxime, ſi ſine uſuris credidi.*

Cum quaeritur de periculo rei fortuito caſu amiſſae, cujus periculum eſſe debeat, inſpicienda eſt cauſa contractus, cujuſve cauſa res amiſſa in creditum venerit, *l.* 4. *&* 9. §. *ult. D. h. t. l.* 5. §. 2. *D. Commodati. l. qui negotia* 34. *D. Mandati. l. ſi gratuitam* 17. §. 2. *&* 3. *D. de Praeſcript. verbis.* Ideoque in ſpecie *hujus l.* 11. Ulpianus Nervae diſtinctionem probat, ut illius ſit periculum, cujus cauſa lanx, vel maſſa data fuerit. Verum finge, Maevium lancem vendidiſſe, nec tamen pretio lancis venditae uſum fuiſſe, mutuum non erit contractum, nec habebit Titius condictionem ex mutuo adverſus Maevium, qui pecunia uſus non eſt. Aget igitur Titius praeſcriptis verbis, ſeu in factum actione, *l. rogaſti* 19. *in princip. D. de Praeſcriptis verbis.* huic autem reſponſo Ulpiani obloquitur Africanus in *d. l. qui neque* 34. *D. Mandat.* ubi exiſtimat, pecuniam ex venditione maſſae, vel alterius rei redactam, tamquam creditam peti non poſſe. Movebat Africanum, quod pacto pecunia credita non poteſt fieri. Ulpianus admittebat fictionem brevis manus, ut dicitur in *l. licet* 43. §. 2. *D. de Jure dotium.* quaſi pretium lancis venditae ad Titium dominum lancis perveniſſet, & mox a Titio idem pretium Maevio numeratum eſſet. Primi interpretes, ut hos locos conciliarent, lectionem turbarunt in *dicta l.* 34. ſed ſubtiliores quique nullam hujuſce diſſidii componendi rationem eſſe putaverunt. Cujacius *tract.* 8. *ad Africanum* & *lib.* 8. *Obſervat. cap.* 8. Incuſandique ſunt concinnatores Pandectarum, qui praeter voluntatem Juſtiniani hoc manifeſtum in jure contrarium reliquerunt.

### *Ad* §. *Si tibi* 1.

§. 1. S*I tibi dedero decem (ſic,)* ut novem debeas: *Proculus ait, & recte, non amplius te ipſo jure debere, quam novem. Sed ſi dedero*, ut undecim debeas, *putat Proculus, amplius, quam decem condici non poſſe.*

Titius dedit Maevio 10. & convenit inter eos, ut Maevius 9. tantum deberet, ait Ulpianus ex ſententia Proculi, Maevium *ipſo jure non niſi novem debere*, id eſt, Titium non niſi novem poſſe a Titio condicere, quia mutuum datur animo recipiendi, *l.* 2.

*l. 2. D. h. t. l. 1. §. 2. D. de Obligat. & act.* Titius igitur novem dedit animo recipiendi, & in his mutuum contraxit, in reliquo donationem fecit, ita ut iſte contractus partim fuerit mutuum, partim donatio.

Finge contra, Titium dediſſe 10. Maevio, & conveniſſe, ut Maevius 11. redderet, Titius non niſi decem condicere poterit, quia mutuum re contrahitur, non pacto. Licet igitur Maevius 11. promiſerit, eo ſolum, quod accepit, obligatur, *l. ſi tibi decem 17. D. de Pactis. l. cum ultra 9. C. de Non numerata pecunia.* praeterea uſurae pecuniae craeditae ex pacto peti non poſſunt, ſed tantum ex ſtipulatione, *l. centum* 8. *D. de Eo, quod certo loco. l. Titius 24. D. de Praeſcriptis verbis. l. 5. §. 3. D. de Solut. & liberat. l. uſura 121. D. de V. S. l. 3. C. de Uſuris.*

Non eſt autem praetermittendum, Graecos interpretes ex *hoc* §. colligere, pacta incontinenti appoſita contractibus ſtricti juris ineſſe ex parte rei tantum, non etiam ineſſe ex parte actoris, quia in ſpecie *hujus* §. Maevius tutus eſt ipſo jure ob pactum ut non niſi 9. debeat, & ita ineſt pactum ex parte Maevii debitoris. Titius autem 11. ob pactum petere non poteſt, & ita pactum, non eſt ex parte Titii actoris. Id male Graeci colligunt, quia, licet contractus mutui ſit ſtricti juris, non procedit argumentum a mutuo ad ſtipulationem, alia eſt enim ratio mutui, alia ſtipulationis, *l. 9. §. 4. D. h. t.*

### *Ad §. ultimum.*

§. 2. *SI fugitivus ſervus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus poſſit, quaeritur? Et quidem ſi ſervus meus, cui conceſſa eſt peculii adminiſtratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius ſervus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. Quid ergo? Vindicari nummi poſſunt, ſi extant: aut, ſi dolo malo deſinant poſſideri, ad exhibendum agi. Quod ſi ſine dolo malo conſumſiſti, condici tibi poterunt.*

Servus nonniſi ex voluntate domini nummos peculiares alienare poteſt, *l. 2. §. 4. D. h. t.* puta, ſi dominus liberam peculii adminiſtrationem conceſſerit; fugitivus autem ſervus liberam pecu-

lii

lii adminiſtrationem amittit, *l. libera* 48. *D. de Peculio.*

Finge igitur, ſervum fugitivum, vel alium ſervum contra voluntatem domini, non conceſſa peculii adminiſtratione, mutuam dediſſe pecuniam, dominus ſervi pecuniam extantem, & non conſumtam vindicabit: ſi non extet pecunia, & debitor eam dolo malo habere deſierit, dominus ad exhibendum aget, quaſi adhuc debitor poſſideret, nam qui dolo deſiit poſſidere, adhuc poſſidere intelligitur, *l. qui petitorio* 36. *D. de Rei vind. l. ſed & ſi* 25. §. 2. & 8. *D. de Heredit. petitione. l. qui dolo* 131. *D. de R. J.* ſi debitor pecuniam a ſervo acceptam conſumſerit, dominus condicet, nam mutuum, quod ab initio non conſiſtit, conſumtione pecuniae reconciliatur, *l.* 13. *D. h. t.*

LEX XII. POMPONIUS Lib. 6. ex Plautio.

*SI a furioſo, cum eum compotem mentis eſſe putares, pecuniam quaſi mutuam acceperis, eaque in rem tuam verſa fuerit, condictionem furioſo adquiri, Julianus ait: nam ex quibus cauſis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex hiſdem etiam furioſo adquiri. † Item ſi is, qui ſervo crediderat, furere coeperit, deinde ſervus in rem domini id verterit: condici furioſi nomine poſſe. † Et ſi alienam pecuniam credendi cauſa quis dederit, deinde furere coeperit, & conſumta ſit ea pecunia, condictionem furioſo adquiri.*

Furioſi nullum negotium poſſunt contrahere, rerumque ſuarum adminiſtrationem non habent. ex furioſis alii perpetuo furore torquentur, alii dilucida habent intervalla, *l. Divus* 14. *D. de Officio Praeſidis. l. ſi cum* 22. §. *ſi maritus* 7. *D. Soluto matrimonio. l.* 9. *C. Qui teſtamenta facere poſſunt.* Quidam furioſi videntur in conſpectu inumbratae quietis aliquando conſtituti, *l. quod meo* 18. §. 1. *D. de Acquirenda vel amitt. poſſ.*

Finge igitur, me a furioſo mutuam pecuniam accepiſſe, cum cum ſanae mentis eſſe putarem, non erit mutuum, quia furioſi nullus eſt conſenſus, ut rei ſuae dominium in alium transferat, *l. in omnibus rebus* 55. *D. de Obligat. & Act.* conſumta tamen a debitore pecunia condicetur. Caeterum *h. l.* 12. iiſdem fere verbis repetita eſt in *l. ſi a furioſo* 24. *D. de Obligat. & Act.* ex alio lib.

lib. Pomponii, & jungenda eſt cum *l. ſi pupilli* 66. *D. de Solut. & liberat.* ex eod. lib. 6. Pomponii ex Plautio.

## Lex XIII. Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

*Nam, & ſi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, ſed conſumtis eis, naſcitur condictio.* §. 1. *Unde Papinianus lib.* 8. *Quaeſtionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos conſumſeris. Quod ſi per partes eos conſumſeris, an per partes tibi condicam, quaerit? Et ait, condicturum, ſi admonitus alienos nummos fuiſſe, ideo per partem condico, quia nondum totos conſumtos compereram.*

*Nemo plus juris in alium transferre poteſt quam ipſe habet, l. alienatio* 67. *D. de Contrah. emt. l. traditio* 20. *D. de Adquirend. rerum dom. l. nemo* 54. *D. de Reg. jur.* Creditor igitur, qui mutuam dat pecuniam, illius pecuniae dominus eſſe debet, ut pecuniam accipientis faciat, ſeu dominium pecuniae creditae in debitorem transferat, *l.* 2. §. *mutui* 1. *D. h. t.* Verumtamen ſi aliena pecunia mutuo data fuerit, conſumtione pecuniae naſcitur obligatio ex mutuo, & ex obligatione certi condictio.

Finge, Titium, qui alienam pecuniam ſubripuerat, eam Maevio credidiſſe, non prius Maevius tenetur condictione certi Titio, quam cum pecuniam Maevius conſumſerit, ex numeratione pecuniae mutuum non contrahitur, ſi aliena ſit, ſed conſumtione. Ratio eſt, quod cum alieni nummi creduntur, vel ſolvuntur, dominium non transfertur in accipientem, remanet dominus nummorum, qui antea fuerat, *l. ſi alieni* 78. *D. de Solutionib.* Nummos igitur ſuos extantes apud debitorem dominus vindicare poteſt. At ſi debitor, qui alienos nummos mutuo accepit, eos bona fide conſumſerit, ſeu impenderit, domino nummorum jam nulla ſupereſt actio, ſed creditori, qui alienos nummos dedit, ex conſumtione actio competit. Idque Ulpianus ait ſive nummi in totum, ſive in partem, conſumti ſint. Saepe enim quae de toto dicuntur, eadem de parte intelligenda, *l. quae de tota* 76. *D. de Reivindic.* Quid ſi debitor nummos mala fide conſumſerit, cum ſciret, ſe alienos nummos accepiſſe, domi-

minus nummorum nihilominus ad exhibendum agere poterit adverſus debitorem, quaſi nummos adhuc habeat, & nondum eos conſumſerit, *l.* 11. §. *ult. D. h. t.* §. *nunc admonendi* 2. *Inſt. quibus alienare licet vel non*. Quid ſi debitor nummos alienos, quos accepit, nolit conſumere mala fide? an non aliqua actio dabitur creditori? ſane ante conſumtionem nulla actio dabitur, contra quam hic ſentiat Accurſius, ſed dominus nummorum eos vindicare poterit, antequam conſumti ſint.

## *Ad* §. *Si ſervus* 2.

*SI ſervus communis decem crediderit, puto, ſive adminiſtratio ſervo conceſſa eſt, ſive non, & conſumantur nummi, quinum competere actionem. Nam & ſi communes tibi nummos credidero centum, poſſe me quinquaginta condicere, lib.* 8. *Quaeſtionum Papinianus ſcribit: etiamſi ſingula corpora communia fuerint.*

Servus communis, qui erat Titii & Maevii, credidit Sempronio 10. Sempronius 10. mutuo accepta conſumſit. Ait Ulpianus Titium 5. & Maevium 5. poſſe Sempronio debitori condicere, quod & ex libro 8. Quaeſtionum Papiniani Ulpianus probat, reſponſumque Papiniani extat ex eo lib. 8. Quaeſtion. in *l. ſi is cui nummos* 94. *D. de Solut.*

Finge enim, me communes nummos centum tibi crediдиſſe, nec tamen conſumſiſſe, potero 50. condicere. Ratio eſt, quod in ſolutione pecuniae, vel numeratione corpus nummorum non ſpectatur, ſed quantitas ſeu numerus, *d. l. ſi is cui nummos* 94. §. 1. *D. de Solutionib.* & quia in rebus pondere, numero, menſura conſtantibus ſolutio non fit diviſione corporum, *l. in ſtipulationib.* 54. *D. de V. O. l. cum Stichum* 29. *D. de Solutionib.*

## LEX XIV. ULPIANUS Lib. 29. ad Edictum.

*SI filiusfamilias contra Senatuſconſultum mutuatus pecuniam ſolverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: ſed ſi fuerint conſumti a creditore nummi, Marcellus ait, ceſſare condictionem: quoniam totiens condictio datur, quotiens*

ex

*ex ea cauſa numerati ſunt , ex qua actio eſſe potuiſſet , ſi dominium ad accipientem tranſiſſet ; in propoſito autem non eſſet . Denique per errorem ſoluti contra Senatuſconſultum crediti magis eſt ceſſare repetitionem .*

Filiusfamilias contra SCtum Macedonianum mutuam pecuniam ſumſerat , eamque creditori ſolverat . Ait Ulpianus , patrem ſolutos nummos vindicare poſſe , ſi apud creditorem extent , neque ullam exceptionem patri nummos vindicanti creditorem poſſe objicere , quod pater liberam peculii adminiſtrationem filio conceſſerit, quia filiusfamilias non potuit ſolvendo nummos creditoris facere , & ſi liberam peculii adminiſtrationem haberet , non enim donare conceditur , *l. filiusfamilias* 7. *D. de Donation.* quod hic videtur facere filiusfamilias , qui ſolvit conſulto & ſciens , quod non debet , *l. cujus* 53. *D. de R. J.*

Sed finge, creditorem nummos ſibi ſolutos a filiofamilias conſumſiſſe , non poterit pater nummos creditori condicere , quaſi ex conſumtione nummorum nata fuerit patri condictio , ut in *l.* 11. 12. 13. *D. h. t.* Rationem iſtam ſubjicit Ulpianus , cur non poſſit pater conſumtos nummos creditori condicere , quia toties ex conſumtione datur condictio , quoties ea cauſa datur pecunia, ut naſcatur actio , puta, ſi Titius alienam pecuniam mutuam dedit, ea cauſa dedit , ut debitorem haberet obligatum . In propoſita ſpecie cum filiusfamilias creditori ſolvit , non dedit pecuniam , ut creditorem ſibi obligaret , ſed potius ut ſe a creditore liberaret. Sibi verò adverſari videtur Ulpianus in *l. ſed ſi* 9. §. 1. *D. de SCto Maced.* cui attexenda eſt haec *lex* 14. ex eodem lib. 29. Ulpiani ad Edict. ibi ait Ulpianus, *condictionem patri ex omni eventu competere* , quae verba ita debent intelligi , ut ſi creditor nummos ſibi ſolutos bona malave fide conſumſerit , poſſit nihilominus pater conſumtos nummos creditori condicere.

Non deſunt multae conciliandi rationes , quas primi interpretes tentarunt adducere , & quas ad *h. l.* congerit Accurſius , ſed verius eſt in *h. l.* 14. notam eſſe Marcelli ad Iulianum in *d. l.* 9. *D. de SCto Macedoniano* , ut Cujacius deprehendit *lib.* 14. *Obſerv. cap.* 35. Marcellus fuit Proculejanus , & notas ſcripſerat ad Iulianum contrariae ſectae autorem , quarum meminit Juſtinianus in *l.* 1. *Cod. de Communi ſervo manumiſſo* . Marcellus in

M no-

notis ſuis Julianum quacumque ratione cavillatur , unde credo, Ulpianum Marcello indignatum, poſtea notas ſcripſiſſe ad Marcellum,& quod fuerat paſſus Julianus a Marcello, id poſtea Marcellus ab Ulpiano paſſus eſt , ut Julianum repalliaret . Et hoc quidem notandi cacoëthes, quod Juriſconſultos pervaſerat, qui ſeſe invicem notabant contradicendi animo , tantas juris libris offucias induxerat, ut paulo ante Juſtiniani tempora Ammianus Marcellinus *Rerum geſtar. lib.* 30. *cap.* 13. quereretur , *Juriſprudentiam repugnantium ſibi legum diſſidiis eſſe abolitam*, & Anonymus autor poſt notitiam utriuſque imperii , *Confuſas eſſe legum contrariaſque ſententias*.

### *Ad verſiculum*, *Denique*.

Non putarem, his verbis concluſionem eſſe praecedentis argumenti , ſed cum propoſuiſſet Ulpianus filiumfamilias conſulto ſolviſſe creditori, praeterea addere voluit in *h. verſ. Denique*, ut etſi filiusfamilias per errorem nummos ſolviſſet creditori , non poſſet pater repetere condictione indebiti : indebitum quidem ſolutum per errorem facti repetitur, *l.* 1. *D. de Condict. indebiti. l. cujus* 53. *D. de Regul. juris. l. error* 9. *Cod. ad l. Falcidiam*, at filiusfamilias , qui contra SCtum mutuam ſumſit pecuniam, eamque creditori ſolvit, non poteſt repetere , *l.* 9. *in fine*, & *l.* 10. *D. de SCto Macedoniano*, *l. qui exceptionem* 40. *D. de Condict. indeb.* ſive per errorem facti ſolverit, qui putabat, ſe ex alia cauſa debere, ſive per errorem juris ſolverit, quia non putabat, ſe uti poſſe exceptione SCti . Et quieſcendum filio indebiti per errorem ſoluti, ita patri quoque repetitio denegatur. vide Cujac. *lib.* 5. *Obſervat. cap.* 35. qui aliter hunc locum accipit.

### Lex XV. Ulpianus Lib. 31. ad Edictum.

*Singularia quaedam recepta ſunt circa pecuniam creditam: Nam ſi tibi debitorem meum juſſero dare pecuniam , obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis . Quod igitur in duabus perſonis recipitur , hoc & in eadem perſona recipiendum eſt: ut, cum ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas , & convenerit ,* ut crediti nomine eam retineas , *videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.* Ti-

Digitized by Google

Titius debebat mihi centum, juſſi Titium debitorem meum illa Maevio centum dare mutua: Secundum regulas juris civilis mutuum non contrahitur, quia nihil de meo proficiſcitur; nummi, quos mihi debet Titius, non ſunt mei, *l. Quintus* 27. §. 2. *& l. ſcribit* 34. *in princip. D. de Auro argent. legat.* Sed tamen ſingulari jure receptum eſſe, ait hic Ulpianus, ut mutuum contractum cenſeatur, mihique Maevius ſit obligatus ex mutuo, fictione quadam brevis manus, quaſi Titius pecuniam mihi debitam ſolverit, eamque poſtea Maevio crediderim, ut in *l. licet* 43. §. 1. *D. de Iure dot.* & *l.* 3. §. *ult. D. de Donat. inter vir.*, *& uxorem*, quod igitur fictio brevis manus ita recepta erat in duabus perſonis, puta, ut Titius mihi videatur ſolviſſe 100. ego vero eadem centum Maevio credidiſſe, multo magis eandem fictionem in una perſona admittendam, contendit Ulpianus.

Finge, Maevium procuratorem Titii negotia adminiſtraſſe, eumque ex adminiſtratione negotiorum 100. reliqua debuiſſe, deinde conveniſſe inter Titium dominum, & procuratorem Maevium, ut centum, quae ex adminiſtratione reliqua habebat, mutua haberet: fictio brevis manus eſt in una tantum perſona, quaſi Titius dominus ſolutam ſibi pecuniam Maevio procuratori crediderit, qua ratione igitur contendit Ulpianus, in ea centum mutuum contrahi, idque adverſus Africanum in *l. qui negotia* 34. *D. Mandati*, quae inconciliabiliter pugnat cum *h. l.* 15.?

Nonnulli tamen dicunt, hic praeſentem fuiſſe debitorem, & ita facile admitti fictionem, ut videatur ſolviſſe in *dicta l. qui negot.* 34. abſentem fuiſſe debitorem, ut minus facile fictio admitti debuerit. Alii dicunt, in *h. l.* 15. conſumtam fuiſſe pecuniam, & ita conſumtione pecuniae mutuum contractum; in *d. l. qui negot.* 34. debitorem nondum pecuniam conſumſiſſe, & ita mutuum contractum non fuiſſe. Verum apparet ſatis, Ulpianum hic admiſiſſe, quod Africanus admittendum non putaverat, ſiquidem jus civile per Juriſconſultos quotidie in melius producebatur, *l.* 2. §. *poſt orig. D. de Origine Iuris*, & ſua paulatim habuit incrementa, ut quod antea non admittebatur, tractu temporis reciperetur, *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi rem ſuam* 12. *D. de Legat.* 3. vid. Cujac. *tract.* 8. *ad Africanum ad d. l. qui negot.* 34. *D. Mandati*, *& lib.* 8. *Obſervat. cap.* 8.

## LEX XVI. PAULUS Lib. 32. ad Edictum.

*SI ſocius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam (pecuniam) facit, licet caeteri diſſenſerint. Quod ſi communem numeravit, non alias creditam efficit, niſi caeteri quoque conſentiant, quia ſuae partis tantum alienationem habuit.*

Societas vel univerſorum bonorum contrahi poteſt, puta ſi convenerit inter ſocios, ut omnia bona communicentur, vel partis bonorum, ſi convenerit, ut ex certa re, aut negotiatione ſocietas contrahatur, *l. 5. in princip. D. pro Socio.*

Finge, Titium cum Maevio ſocietatem univerſorum bonorum contraxiſſe, alioquin nulla eſſet dubitatio, quin partis bonorum ſocietate contracta Titius ſuam pecuniam credere, vel alio modo alienare poſſit, quia rei ſuae quiſque eſt arbiter, moderator, & dominus, *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit* 11. *D. de Petit. hered. l. nemo 9. Cod. de Judaeis, l. in re mandata* 21. *C. Mandati*. At ſi ponamus, contractam fuiſſe omnium bonorum ſocietatem, quomodo Titius propriam pecuniam habere potuit, cum bona ſociorum continuo contracta ſocietate inter eos communicentur, *l. 1. §. 1. D. pro Socio*? fingendum eſt igitur, Titium poſt contractam omnium bonorum ſocietatem, propriam pecuniam habuiſſe, eamque credidiſſe, ſicque dominium pecuniae creditae in debitorem tranſtuliſſe, nam quae poſt contractam ſocietatem uni ex ſociis acquiruntur, non ſtatim communia fiunt, ſed ſocius judicio ſocietatis communicare cogitur, *l. ſi quis ſocietatem* 74. *D. pro Socio*. Quod ſi Titius communem pecuniam crediderit, non conſentiente Maevio, tantum pro parte Titii erit credita, quia licet Titius univerſorum bonorum ſocietatem cum Maevio contraxerit, pro parte ſua tantum, non pro parte Maevii pecuniam, aut rem aliam communem alienare poteſt, *l. nemo* 68. *D. eod. tit. pro Socio, l. 3. Cod. de Rerum commun. alienatione.*

Quamvis autem *haec lex* 16. jungenda ſit cum *l. ſi unus* 67. §. 1. *D. pro Socio* ex eod. lib. 32. Pauli ad Edictum, non tamen recte inferas, non univerſorum bonorum, ſed partis, ſocietatem in *hac l.* 16. contractam fuiſſe. Vide Cujacium *lib.* 23. *Obſervat.*

*cap.*

*cap.* 17. & *lib.* 32. Pauli ad Edictum, in quibus locis variavit.

### Lex XVII. Ulpianus Lib. 1. Diſputationum.

*Cum filiusfamilias viaticum ſuum mutuum dederit, cum ſtudiorum cauſa Romae ageret, reſponſum eſt a Scaevola, extraordinario judicio eſſe illi ſubveniendum.*

Studiorum cauſa Roma adibatur, *l. ſi longius* 18. §. 1. *D. de Judiciis*, *l. Titio* 36. *D. ad Municipalem*, quod & ad tẽpora Caſſiodori obſervare licet, *lib.* 4. *Variarum epiſtol.* 6. Igitur qui Romam ſtudiorum cauſa iverat, viaticum ſuum crediderat, id eſt, pecuniam, quam ad ſumtus viae, & peregrinationis pater ei deſtinaverat. Ulpianus ait ex ſententia Scaevolae, *filiofamilias extraordinario judicio ſubveniendum eſſe.* Non omnes quidem actiones filiifamilias ſuo nomine exercere poſſunt, *l. filiusfam.* 9. *D. de Obligat. & Act.* qui a parentibus, in quorum ſunt poteſtate, competunt, ſed abſente patre cauſa cognita utiles actiones eis exercere permittitur, *d. l. ſi longius* 18. §. 1. *D. de Judiciis*, ſeu actiones in factum, *l. in factum* 13. *D. de Obligat. & Act.* quae jungenda eſt cum *h. l.* 17. ex eod. lib. 1. Diſput. Ulpiani. Rationem affert Ulpianus in *d. l. ſi longius* 18. ne filius egeſtate laboret interim, dum pater expectaretur. Et ſane, ut Sidonius Apollinaris lepide ait *lib.* 7. *epiſt.* 2. cum de viatico loqueretur, quod a patribus frugi, & parum liberalibus datur filiis. *Nil eſt viatico levi gravius.*

### Lex XVIII. Ulpianus Lib. 7. Diſputationum.

*Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias; Julianus ſcribit, donationem non eſſe. Sed anmutua ſit, videndum. Et puto nec mutuam eſſe: magiſque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, ſi eos conſumſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumti.*

Contractus mutui & donationis quadantenus ſunt affines: uterque re contrahitur, in utroque dominium transfertur: in hoc potiſſimum differunt, quod in donatione res ita datur, ut nihilum red-

reddatur; in mutuo res ita datur, ut alia ejuſdem generis reddatur. Is, qui donat, non habet animum recipiendi, *l.* 1. *D. de Donationibus.* in mutuo, is, qui dat, habet animum recipiendi, *l.* 2. *D. h. t.*

Finge, Titius dedit 10. Maevio donandi animo, ut liberalitatem in Maevium exerceret. Maevius accepit 10. animo mutuandi, quaſi Titius ea 10. crederet, non donaret. Tractat hic Ulpianus, ut ſolet in lib. Diſputationum, an donatio, vel mutuum ſit contractum, negatque, donationem eſſe, ex ſententia Juliani, negat etiam mutuum eſſe contractum, quia Maevius 10. alia opinione acceperit, id eſt, alia opinione, quam qua dabantur. Titius habebat opinionem donandi, non cedendi, ſi tamen Maevius 10. a Titio accepta conſumſerit, putat quidem Ulpianus, Maevium teneri condictione: verum ſi Titius Maevio velit 10. condicere, Maevium poſſe Titium agentem doli mali exceptione repellere, quod ſcilicet Maevius 10. ſecundum voluntatem Titii conſumſerit. Inſpiciunt ſemper juris autores voluntatem dantis, ut ex eorum ſchola refert Seneca *lib.* 5. *de Beneficiis cap.* 19. *Sed ut dialogorum altercatione ſepoſita tamquam JCtus reſpondeam, mens ſpectanda eſt dantis.* Caeterum ſententia Juliani, quam hic affert Ulpianus, fortaſſe fuit in lib. 13. Digeſtor. Juliani, *l. cum in corpus* 36. *D. de Acquirend. rer. dom.* quae tamen manifeſto pugnat cum *h. l.* 18. Ibi Julianus exiſtimat proprietatem pecuniae, quam Titius donandi gratia tradiderit, tranſire in Maevium, licet Maevius eam pecuniam, non ut donatam, ſed ut creditam, ſeu mutuam acceperit. Ulpianus hic ait, nummos non eſſe factos accipientis. Julianus ſi non donationem, ſaltem contractum eſſe mutuum exiſtimat. Ulpianus hic neque mutuum, neque donationem eſſe contractam. Ulpianus negat mutuum eſſe contractum, quod Maevius alia opinione nummos accepiſſet. Alia quidem opinione Titii non Maevii. Julianus *d. l. cum in corpus* 36. non impedimento eſſe, quod Titius & Maevius circa cauſam dandi, atque accipiendi diſſenſerint, dummodo in corpus, id eſt, in ipſam pecuniam conſenſerint. atque ita fruſtra conciliandi rationes quaerunt, ubi manifeſta probatur diſſenſio.

Ad

## *Ad* §. *Si ego* I.

§. I. *SI ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuam acci-pias: nec depoſitum, nec mutuum eſt. Idem eſt: & ſi tu quaſi mutuam pecuniam dederis, ego quaſi commodatam oſtendendi gratia accepi. Sed in utroque caſu, conſumtis nummis, condictioni ſine doli exceptione locus erit.*

Tres iſti contractus re contrahuntur, mutuum, depoſitum, commodatum, *l.* I. §. 2. 3. 4. & 5. *D. de Obligat. & act.* tres quoque iſti contractus in pecunia contrahi poſſunt, nam pecunia commodari poteſt oſtendendi gratia, ut hic loquitur Ulpianus, *l.* 3. *in fine.* & *l.* 4. *D. Commodati.* Verum in mutuo ſolo dominium transfertur, non in depoſito, *l.* 17. §. I. *D. Depoſiti.* Neque in commodato, *l.* 8. *D. Commodati.* Mutuum datur in abuſum, ut pecunia credita conſumatur, commodatum fit ad uſum, non ad abuſum, *d. l. in fin. D. Commodati.* ſi contrahentes diſſentiunt, cum alius habeat animum deponendi, alius habeat animum mutuandi, alius animum commodandi, nec mutuum, nec depoſitum, nec commodatum contrahitur: conſumta tamen pecunia condici poteſt, neque condictioni exceptio doli mali opponetur. Jungi autem poteſt *huic legi* 18. *l. ſi quis donationibus* 38. *D. de Contrahend. emt.* & *l. qui mihi* 13. *D. de Donat.* ex eod. lib. 7. Diſput. Ulpiani.

## LEX XIX. JULIANUS Lib. 10. Digeſtorum.

N*On omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, ſed quotiens id ipſum agitur, ut confeſtim obligaretur. Nam & is, qui* mortis cauſa *pecuniam donat, numerat pecuniam: ſed non aliter obligavit accipientem, quam ſi exſtitiſſet caſus, in quem obligatio collata fuiſſet; veluti, ſi donator convaluiſſet, aut is, qui accipiebat, prior deceſſiſſet. Et cum pecunia daretur,* ut aliquid fieret, *quamdiu in pendenti eſſet, an id futurum eſſet, ceſſabit obligatio: cum vero certum eſſe caepiſſet, futurum id non eſſe, obligabitur, qui accepiſſet; veluti, ſi Titio decem dedero,* ut Stichum intra Kalendas manumitteret, *ante Kalendas nullam actio-*

*nem*

*nem habebo, poſt Kalendas ita demum agere potero, ſi manumiſſus non fuerit.*

Ex numeratione pecuniae contrahitur naturalis obligatio, *l.* 10. *D. de SCto Macedoniano. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus* 2. *D. de V. O.* Et naturalis dicitur, quod naturaliter, id eſt, re ipſa, ſeu facto contrahatur, ut ſolutio fieri naturaliter, quae fit numeratione pecuniae, *l. ſolutam* 49. *& l. penult. D. de Solut.* Ita ergo videretur, eum, qui pecuniam accepit, re ipſa, & facto ſtatim obligari. Verumtamen ex numeratione pecuniae obligatio non contrahitur, niſi quis ea mente acceperit, ut obligetur, idque duobus exemplis probat Julianus.

Primum eſt de donatione pecuniae, quae fit certa cauſa, puta, ſi quis mortis cauſa donaverit pecuniam, is, qui accepit, non ſtatim obligatur, ſed ita demum, ſi aut convaleſcat donator, *l. cum quis* 12. *D. de Condict. cauſa data.* aut cum poeniteat, aut praemoriatur donatarius, §. 1. *Inſt. de Donat.*

Aliud exemplum eſt, quando donatio fit ſub modo, puta, ſi pecunia detur, ut aliquid fiat. Finge, Titius 10. dedit Maevio, ut Maevius Stichum ſervum ſuum intra Calendas manumitteret. Maevius, qui 10. accepit ante Calendas, Titio non obligatur, poſt Calendas, ſi non manumiſerit ſervum, obligatur. Contractus ille, *do tibi decem, ut Stichum manumittas*, eſt contractus innominatus, qui ad articulum illum refertur, *do, ut facias, l.* 5. §. *at cum do* 2. *D. de Praeſcriptis verbis*. poterit igitur Titius 10. Maevio condicere, ſi Calendis ſervum non manumiſerit. *l.* 7. *D. eod. tit. de Praeſcriptis verbis*. Sed cur non fit ſervus liber ipſo jure, ex interpretatione conſtitutionis divorum Principum, quae producta eſt ad hanc ſpeciem, *ſi quis pecuniam acceperit, ut ſervum manumittat*, *l.* 38. §. 1. *D. de Liberali cauſa, l.* 4. *C. Si mancipium ita fuerit alien.* hic Maevius pecuniam accepit a Titio, ut Stichum manumittat, ſi non manumiſerit tempore praeſtituto, cur non ei ex interpretatione conſtitutionis libertas competit.

Obſervandum, eſt multum intereſſe inter contractum venditionis, donationis, & contractum innominatum, *do, ut facias*: in venditione non licet poenitere, ſi dominus ſervum ea lege vendiderit, ut emtor manumittat, ſive dominus pro manumiſſione

ſer-

ſervi pretium acceperit, eumque vendiderit, ut ipſe manumittat, & hoc modo intelligere debemus *d. l.* 38. *D. de Liberali cauſa.* neque etiam in donatione licet poenitere, & ideo conſtitutio locum habet in donatione, *l. penult. D. Qui ſine manumiſſ. ad libert. perv.* ſed in contractu innominato, *do, ut facias*, poenitentiae locus eſt, *l.* 3. §. 2. *&* 3. *l.* 5. §. 1. *D. de Condiction. cauſ. dat.* Unde ſi Maevius Stichum non manumiſerit tempore dicto, & Titium poeniteat, poterit Titius 10. quae dederat, condicere, *d. l.* 5. §. 2. *& d. l.* 7. *D. de Praeſcriptis verbis*. Atque ita ſervus non fit liber. Sic in donatione inter virum & uxorem ea lege facta, ut ſervus manumittatur, tempore elapſo, quo ſervus manumitti debuit, non fit liber, quia donatio hujuſmodi revocari poteſt, *l.* 7. §. 8. *D. de Donat. inter vir. & uxor.*

*Ad* §. *Si pupillus* 1.

§. 1. S*I pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit, aut ſolvendi cauſa dederit, conſumta pecunia condictionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit, perveniſſe. Quapropter ſi eandem pecuniam is, qui in creditum vel in ſolutum acceperat, alii porro in creditum vel in ſolutum dederit, conſumta ea, & ipſe pupillo obligatur, vel eum a ſe liberabit; & eum, cui dederit, obligatum habebit, ( vel ſe ab eo liberabit ) nam omnino qui alienam pecuniam credendi cauſa dat, conſumta ea, habet obligatum eum, qui acceperit: item qui in ſolutum dederit, liberabitur ab eo, qui acceperit.*

Licet pupillus meliorem ſuam conditionem facere, alioſque ſibi obligare poſſit, ſi tamen mutuam pecuniam abſque tutoris autoritate crediderit, debitorem ſibi non obligat numeratione pecuniae, quia rerum ſuarum pupillus alienationem non habet, *l. obligari* 9. §. 1. *D. de Autor. & conſenſu. tut.* §. *nunc adm.* 2. *Inſt. Quibus alien. licet vel non.* eadem ratione ſi pupillus abſque tutore creditori ſolverit, nummos non facit accipientis, nec liberatur a creditore, *l. interdum* 29. *D. de Condict. indebiti. d. l. obligari* 9. §. 2. *D. de Autor. & conſenſ. tutor. l. quod ſi forte* 14. §. *ult. D. de Solut. & liberat.* ſi tamen is, qui accepit nummos

N a pu-

a pupillo ſine tutoris autoritate, in creditum vel ſolutum eos bona fide conſumſerit, condictio, & liberatio pupillo continget. Atque ita oſtendit Julianus in *h.* §. ex numeratione pecuniae, quam pupillus crediderit, non ſtatim obligationem naſci; ſed tum demum, cum pecunia conſumta fuerit.

## LEX XX. JULIANUS Lib. 18. Digeſtorum.

*SI tibi pecuniam donaſſem*, ut tu mihi eandem crederes, *ut credita fieret? Dixi, in hujuſmodi propoſitionibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem eſſe, neque pecuniam creditam: donationem non eſſe, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non eſſe, quia exſolvendi cauſa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed haec intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum: benignius tamen eſt, utrumque valere.*

Pacta, quae fiunt contra ſubſtantiam contractuum, immutant ipſos contractus, ut in aliud genus contractus tranſeant, *l. cum manu* 80. §. *ult. D. de Contrah. emt. l.* 6. *D. de Praeſcript. verbis.* Subſtantia donationis in eo conſiſtit, ut res donata fiat accipientis, neque ullo caſu ad eum, qui dedit, revertatur, *l.* 1. *in princip. D. de Donat.*

Finge, Titius Maevio 10. dedit, ut eadem 10. Maevius Titio reddat. Julianus negat, eſſe donationem, quaſi dominium non ſit translatum a Titio in Maevium, *l. qui ſic* 55. *D. de Solut.* vel quia 10. a Titio data ad eum reverti debeant. Negat etiam Julianus, mutuum eſſe contractum, quia cum Maevius Titio 10. reddit, vel credit potius, ſolvere magis videtur quam credere, & Titius magis ſuum, quam alienum recipere; eſt igitur aliud genus contractus innominati, praeter donationem, praeterque mutuum: quod quidem ſecundum verborum ſubtilitatem, & proprietatem ita dici poſſe, ait Julianus, ut neque donatio ſit neque mutuum. Tandem nihilominus in ea eſt ſententia, ut valeat uterque contractus, & ex donatione Titii dominium pecuniae in

Mae-

Maevium transferatur, rurſusque a Maevio credita pecunia Titio acquiratur, quam ſententiam Juliani probavit deinceps Hermogenianus, *l. qui id, quod* 33. §. 1. *D. de Donat.* adverſus Ulpianum in *dict. l. qui ſic* 55. *D. de Solut.*

Hic autem obſervatione dignum eſt, Julianum ſubtilitatem juris rejeciſſe, & id, quod benignius erat, admiſiſſe, ut in *l. ſi ita* 13. *D. de Liberis & poſthumis. l. ita* 51. *D. ad L. Aquil.* E diverſo Proculejani ſubtilitatem juris ſequebantur, quod ab Antiſtio Labeone illius ſcholae Principe acceperant; atque in praecipua videtur fuiſſe utriuſque ſcholae juris auctorum diſcrepantia, quod Sabiniani aequum & bonum, ſeu id, quod benignius erat, ſequerentur. Proculejani jus ſtrictum, neque enim Celſus Proculejanus iſtam aequi bonique diſceptationem admittebat, *l. ſi ſervum.* 91. §. *ſequitur* 3. *D. de V. O.*

## Lex xxi. Julianus Lib. 48. Digeſtorum.

*Quidam exiſtimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua perſequi: neque eum, qui fundum ſuum diceret, partem duntaxat judicio perſequi. Sed in utraque cauſa humanius facturus videtur Praetor, ſi actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur: cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.*

Haec lex jungenda eſt cum *l.* 8. *D. Si pars hered. pet.* ex eod. lib. 48. D. Juliani. Ubi ait, poſſeſſorem, cui facta eſt controverſia totius hereditatis, poſſe partem hereditatis defendere, partem aliam cedere heredi ſcripto vel legitimo; hic autem Julianus refert, quoſdam aliter ſenſiſſe in actionibus in perſonam, & in ſpeciali in rem actione, ſeu rei vindicatione.

Finge, Titius petebat a Maevio 10. Maevius 5. offerebat. Non putabant, Titium cogi 5. accipere. Vel finge, Titius a Maevio fundum petebat, ſi de parte fundi Maevius controverſiam non faceret, adhuc putabant, Titio fundi totius petitionem competere. Ratio eſt, quod ſolutio eodem modo fieri debeat, quo obligatio contracta eſt, *l. prout* 80. *D. de Solut.* & quia minus commoda eſſet creditori per partes facta ſolutio, *l. plane* 3. *D. Famil. erciſc.* Verumtamen Julianus hic putat, Praetorem debere Titium coge-

re, ut 5.oblata a Maevio accipiat, idque minuendae litis gratia, quod Praetor ſtudere debet, *l. ſi cujus* 13. §. *ſed ſi* 3. *D. de Uſufr. l.* 1. §. *& poſt* 9. *D. de Novi operis nunciat.*

Valde adverſari videtur *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *D. de Action. emti. l. qui pignori* 19. *D. de Pign. & hypoth. l. tutor* 41. §. 1. *D. de Uſuris*, quibus in locis creditor ſolutionem pecuniae ſibi debitae per partes accipere non tenetur.

Obſervare autem debemus, creditorem in *h. l.* 21. partem cogi accipere juriſdictione, & poteſtate Praetoris, apud quem actio poſtulabatur. Finge, poſtulabat Titius apud Praetorem actionem adverſus Maevium in 10. cum diceret ſibi Maevium in eam ſummam eſſe ex contractu obligatum. Maevius non negabat, ſe debere 10. ſed 5. Titio offerebat. Praetoris partes ſunt ex ſententia Juliani, ut Titium cogat 5. accipere ſibi oblata, in alia 5. det Titio adverſum Maevium actionem, atque ita lis inter Titium, & Maevium pro parte minuatur, Praetor id facere poteſt juriſdictione ſua, cum apud eum actio poſtulatur, quod non permitteretur Judici dato, ſeu delegato a Praetore. Praetores aliique habent juriſdictionem, Judices dati habent tantum notionem, *l.* 5. *D. de Re judicata*, *l. notionem* 99. *D. de V. S.* Magiſtratus poſſunt actionem denegare, *l. ſed & ſi* 26. §. 4. *D. Ex quibus cauſis majores*, *l. ſi debitor* 30. *D. de Solutionib.* Judices dati coguntur judicare, *l. de qua* 74. *D. de Judiciis*, quare *h. l.* 21. intelligere debemus, cum actio in jure, ſeu apud Praetorem poſtularetur, non ſi pars debiti apud Judicem delegatum offeratur, vel extra judicium.

## LEX XXII. ULPIANUS Lib. 4. ex Minitio.

*Vinum, quod mutuum datum erat, per Iudicem petitum eſt: quaeſitum eſt, cujus temporis aeſtimatio fieret: utrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res judicaretur? Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: (ſi non, quanti tunc) cum petitum eſſet. † Interrogavi, cujus loci pretium ſequi oporteat? Reſpondit, ſi conveniſſet*, ut certo loco redderetur, *quanti eo loco eſſet, ſi dictum non eſſet, quanti ubi eſſet petitum.*

Res mutuo datae, vel condictione certi, vel condictione triticia-

ticiaria repeti poſſunt. Triticiaria prodita eſt ad eas res petendas, quae pondere, numero, & menſura conſtant, puta oleum, vinum, triticum, & alias merces, excepta pecunia numerata, *l.* 1. *D. de Condict. tritic.* Condictione certi intendimus rem mutuo datam nobis dari oportere: ſi vinum datum fuerit mutuum, ut vinum reddatur, condictione triticiaria rei mutuo datae aeſtimationem petimus, quia pretium mercis ſecundum tempora varietatem recipit, *l. ideo* 3. *D. de Eo, quod certo loco*, & fieri poteſt, ut vini mutuo dati, vel alterius mercis pretium auctum ſit. Condictio certi eſt ſtricti juris, condictio triticiaria eſt arbitraria, in qua arbitrio judicis rem mutuo datam aeſtimare permittitur. Haec autem lex referenda eſt ad condictionem triticiariam, quia ſub *h. t.* de omni condictione agitur.

Finge, Titius vinum mutuum dederat Maevio, & ab eo vinum condictione triticiaria petierat, non ut vinum, ſed ut vini pretium, quod fortaſſe pluris erat, Maevius redderet. Quaerebatur, cujus temporis aeſtimatio fieri deberet, an contractus, ſeu cum vinum mutuum datum eſſet, an litis conteſtatae, ſeu cum vinum per judicem petitum eſſet, an rei judicatae? Julianus ex Sabino diſtinguit, an certo tempore vinum reddi convenerit, ut illius temporis aeſtimatio ineatur, *l. Quoties* 59. *D. de V. O.* ſi vero nihil convenerit inter creditorem, & debitorem, litis conteſtatae tempus ſpectari oportere, ut ex eo tempore fiat aeſtimatio. Omnino convenit Sabino Caſſius, utpote ejuſdem ſcholae, & Juliano Gajus, in *l. ultima D. de Condict. triticiar.*, ubi verba illa *quanti tunc cum judicium acciperetur*, intelligitur de litis conteſtatae tempore. Judicium acceptum non eſt res judicata, ſed lis conteſtata, *l. videamus* 38. §. *ſi actionem* 7. *D. de Uſuris*. Ratio, cum litis conteſtaate tempus ſpectetur, haec eſt, quod eo tempore, quo vinum, vel alia merx petitur, ſolvi debeat, & ita illius temporis, quo ſolvi debet, fieri aeſtimatio. In judiciis bonae fidei fit aeſtimatio ex tempore rei judicandae, non litis conteſtatae, *l.* 3. §. 2. *D. Commodati*, quia tunc judex ex aequo, & bono aeſtimat, quod alterum alteri dare oporteat, §. *in bonae fidei* 30. *Inſt. de Act.*

Caeterum obſtare *h. l.* vulgo exiſtimant *l. penult. D. de Condictione triticiaria*, ubi fit aeſtimatio, quanti plurimi res fuerit a tempore morae factae, ſeu litis conteſtatae, ad tempus condemna-

mnationis, ſeu rei judicatae: quod ita debet intelligi, ſi debitor moram fecerit, hic autem moram non fecerat, & propterea fit aeſtimatio tantum ex tempore litis conteſtatae, ſeu judicii accepti, non etiam quanti plurimi res fuerit a lite conteſtata ad rem judicatam. Et hoc quidem nonnullis ſcio placuiſſe, qui ſe ad obices *huic legi* objeςtos removendos antea exercuerunt. Verum quidem tentari poteſt, in utraque ſpecie moram factam fuiſſe, tam in *d. l. ult. D. de Condiςt. triticiar.* quam in *h. l.* 22. Titius vinum mutuo datum per judicem, ſeu apud judicem petiit, Maevius paſſus eſt ſecum litem conteſtari, & condemnatus fuit. Sane in mora fuit Maevius, qui litem ſecum conteſtari paſſus eſt, *l.* 3. *in princip. D. de Uſuris*, *l. nemo* 82. §. 1. *D. de V. O.* nam mora poteſt fieri ante litem conteſtatam, ſed poſt litem conteſtatam mora certius facta deprehenditur, *l. ſed & ſi* 25. §. *ſi ante* 7. *D. de Petit. heredit.* ſed magis in mora fuit Maevius poſt condemnationem, ita ut in utraque ſpecie moram interceſſiſſe, dicendum ſit.

Sed ratio conciliandae *d. l. penultimae* cum *h. l.* 22. aliter iniri poteſt conſtituta differentia, cum ſpecies certa petitur condictione triticiaria, veluti Stichus in *d. l. penult.* aut cum merces petuntur, ut in *h. l.* 22. & *d. l. ult. D. de Condiςt. triticiar.* Primo caſu quando homo vel certa ſpecies petitur, fit aeſtimatio ex tempore morae, quanto poſt moram deterior ea res facta eſt: ſecundo caſu quando merx petitur, quae in ſuo genere functionem recipit, fit aeſtimatio ex tempore litis conteſtatae, quo merx petita eſt, & dari debuit. Ratio differentiae manifeſta eſt ſatis, quia ſpecies certa perire, & deterior fieri poteſt, *l. ſi ex legati* 23. *D. de V. O.* genus autem perire non poteſt, nec deterius fieri, cum ſemper ejuſdem bonitatis vinum reddi debeat, *l.* 3. *D. h. t.* Denique ſervus mercis appellatione non continetur, *l. mercis* 207. *D. de V. S.* quae juncta eſt cum *l. cum quis* 22. *D. de Obligat. & Aςt.* ut ita manifeſto appareat differentia, cum ſervus vel aliae merces petantur condictione triticiaria. Atque, ut compendio quodam orationis quaeſtio illa de ineunda aeſtimatione rei debitae finiatur, ſic diſtinguendum eſt.

Cum agitur actione ex ſtipulatu, fit aeſtimatio rei debitae ex tempore litis conteſtatae, *l. hominem* 37. *D. Mandati*, *l. fundum* 28. *D. de Novat. & Delegat.* Et cum petitur condictione triticiaria

ria vinum, frumentum, vel aliae merces, *h. l.* 22. *& l. ult. D. de Condict. trit.* Si vero certa ſpecies petatur, puta veſtis, vel Stichus, fit aeſtimatio ex tempore commiſſae morae, *d. l. penult. D. de Condict. triticiaria.* Cum agitur ex bonae fidei judiciis, vel agitur id, quod intereſt, & fit aeſtimatio, quanti pluri-mi res fuit, a tempore contractus ad condemnationem, *l.* 3. *§. ſi per vendit.* 3. *D. de Act. emti*, *l. ſi ſterilis* 21. *§. cum per vendit.* 3. *D. eodem*, vel agitur ad reſtitutionem rei debitae, & juratur in litem, tum fit aeſtimatio ex tempore rei judicandae, *d. l.* 3. *§. in hac* 2. *D. Commodati.*

*Ad verſ. Interrogavi.*

Eadem hic eſt ratio temporis & loci, & in *l. ult. D. de Condict. tritic.* non tamen eadem ſemper, quia debitor, qui certa die ſoluturum ſe promiſit, ſolvendo ante diem liberatur, *l. quod certa* 70. *D. de Solution. l. cum tempus* 17. *D. de R. J.* At debitor, qui certo loco daturum ſe promiſit, ſolvendo alibi non liberatur, *l.* 2. *D. de Eo, quod certo loco.*

LEX XXIII. AFRICANUS Lib. 2. Quaeſtionum.

*SI eum ſervum, qui tibi legatus ſit, quaſi mihi legatum poſſederim, & vendiderim; mortuo eo, poſſe te mihi pretium condicere, Julianus ait; quaſi ex re tua locupletior factus ſim.*

Monuimus in praefatione ad hunc titulum, agi ſub *h. t.* de omni condictione, quare iſta *lex* 23. eſt de condictione ſine cauſa.

Finge, quidam Titio legaverat ſervum per vindicationem. Maevius cum putaret ſibi ſervum legatum eſſe, aliquanto tempore poſſedit, ac deinde vendidit Sempronio: ſervus mortuus eſt apud Sempronium emtorem. Africanus ex Sententia Juliani, cujus diſcipulus fuit, cujuſque autoritate in libris ſuis Quaeſtionum plurimum utitur, ait, poſſe Titium ſervi mortui pretium Maevio condicere. Legatus hic fuerat ſervus per vindicationem, quo genere legati dominium recta via tranſibat ad legatarium, *l. quotiens* 47. *§. ult. D. de Peculio*, *l.* 3. *§. ſi rem* 2. *D. de Legat.* 3. *l. a Ti-*

*a Titio* 64. *D. de Furtis*,& ita dominium ſervi legati Titio quaeſitum erat. Maevius autem juſto errore ductus, cum putaret, ſervum ſibi legatum eſſe, Sempronio vendidit. Res aliena vendi poteſt, *l. rem alienam* 28. *D. de Contrah. emt.* Maevius ſervum alienum quidem, ut ſuum tamen, vendidit. Ait igitur Africanus, poſſe Titium legatarium venditi a Maevio ſervi, & apud Sempronium emtorem mortui pretium condicere, ſcilicet condictione ſine cauſa, quae ex aequo, & bono competit, *l. ſi & me* 32. *h. t. l. ſervus, quem* 30. *D. de Act. emti.* ut condictio ob injuſtam cauſam, *l.* 6. *D. de Condict. ob turpem vel injuſt. cauſam*, *l. rer.* 25. *D. de Act. rerum amotar.* Ita indebiti condictio naturalis eſt ex naturali ratione, ſeu ex aequo, & bono introducta, *l. indeb.* 15. *D. de Condict. indeb.* nam contra naturalem aequitatem eſt, alium ex alterius re fieri locupletiorem, *l. nam hoc* 14. *D. eod. tit. de Condict. indeb. l. ſi quis* 17. §. *Proculus* 4. *D. de Inſtitutor. Act.* ſi mala fide Maevius ſervum poſſediſſet, eumque vendidiſſet, mortuum ſervum Titius adhuc vindicare potuiſſet, *l. ſi a domino* 36. §. *ſi praedo* 3. *D. de Pet. hered.* at cum Maevius bona fide ſervum vendidiſſet, isque apud emtorem mortuus ſit, tantum ſupereſt, ut poſſit Titius pretium ſervi Maevio condicere, qui vendidit ſervum Titii, quique ex re illius factus eſt locupletior, ut ita ſi non rem ſuam, quae periit, ſaltem pretium rei ſuae Titius habeat.

## LEX XXIV. ULPIANUS Lib. ſing. Pandectar.

S*I quis* certum *ſtipulatus fuerit*, *ex ſtipulatu actionem non habet: ſed illa condictitia actione id perſequi debet, per quam* certum *petitur*.

Si res certa in ſtipulationem deducta ſit, agitur condictione certi: proprie quidem condictio certi datur ex mutuo, *l.* 5. §. 1. *D. de Obligat. Act.* §. 2. *Inſt. Quibus modis re cont. oblig.* quia id, quod mutuo datur, ſemper certum eſt, utpote pondere, numero, menſurave conſtans, ſed condictio certi ex aliis etiam contractibus datur, *l.* 9. *D. h. t.* hanc generalem certi condictionem, illam ſpecialem, quae ex mutuo datur, dixerunt interpretes. Nec tamen aliam eſſe condictionem exiſtimo, qua certum ex mutuo,

vel

vel ex aliis contractibus petitur, ſi vero res incerta in ſtipulationem deducta ſit, agitur ex ſtipulatu condictione incerti, §.1.*Inſt. de V. O. l.6. Cod. de Contrahend. & committ. ſtip.* & haec quoque incerti condictio generalis eſt, nec tantum ex ſtipulatione, ſed & ex aliis contractibus datur, *l. ſi binarum* 35. *D. de Servit. praed. urban. l. ſed & ſi* 22. *D. de Condict. indebiti*, *l.* 3. *D. de Condict. ſine cauſa*, *l. ſi tibi* 8. *D. de Act. emti*, *l. ſi quis* 12. *D. de Novat. & delegat.* Atque, ut certi condictio concurrit cum aliis actionibus, *l. in duobus* 28. §. *exceptio* 4. *D. de Jurejurando*, ita condictio incerti cum aliis quoque actionibus concurrit, *d. l. ſi quis* 12. *D. de Nov. & Delegat.*

## Lex xxv. Ulpianus Lib. ſing. (de officio) Conſularium.

C*Reditor, qui ob reſtitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.*

Sumta eſt ex lib. ſingulari Ulpiani de officio Conſularium, qui quidem Conſulares primum ab Adriano iv. fuerant inſtituti ad Italiam regendam, ut autor eſt Capitolinus *in D. Pio*, *cap.* 2. ſed poſterioribus temporibus Conſulares etiam fuerunt in aliis partibus Occidentis, atque Orientis, qui inter Praeſides provinciarum referuntur, *l. unica, in principio*, *Cod. Ut omnes Judices tam civil. quam mil.*

In *hac* autem *lege* agitur de privilegio creditoris, qui pecuniam ad refectionem aedificii credidit, ut privilegium habeat exigendi, id eſt, ut caeteris creditoribus, ſive chirographariis, ſive hypothecariis, licet anterioribus, praeferatur. In pignoribus, & hypothecis, qui prior eſt tempore potior eſt jure, *l.* 2. *&* 4. *Cod. Qui potiores in pign. hab.* & regula iſta locum habet tam in pignore conventionali, quam in pignore judiciali, quod capitur ex cauſa judicati, *l.* 10. *D. Qui potior.* non tamen in pignore praetorio, *l. cum unus* 12. *D. de Reb. aut. jud. poſſid.* Interdum vero creditores quidam, licet poſteriores, prioribus, ex privilegio, quod habent, praeferuntur, *l.* 5. *D. Qui potiores*, quia privilegia creditorum non ex tempore, ſed ex cauſa rei creditae

aeſtimantur, *l.privilegia 32.D.de Rebus autor.Jud. poſſid.*

Finge, Titius cum a Maevio pecuniam mutuam acciperet, ei domum ſuam pignori obligaverat, deinde, cum domus Titii ruinam forte minitaretur, eamque Titius reficere vellet, a Sempronio aliam mutuam pecuniam accepit, ex qua domum reficeret, idque in mutui datione nominatim expreſſum fuit, Sempronium Titio mutuam pecuniam ad refectionem domus crediſſe. Licet Sempronius Maevio poſterior ſit tempore, nihilominus ante Maevium privilegium habebit pecuniam ſibi debitam exigendi. Quod ex quodam SCto divi Marci temporibus facto videtur fuiſſe introductum, *l.cum duabus 52.* §.*idem 10. D. Pro ſocio*, *l.1.D.In quibus cauſis pignus*, quod & pluribus aliis locis confirmatur, *l.cum convenit 20.D.de Pign.& Hypot. l.5.D. Qui potiores*, *l.1.D.de Ceſſion.bonor.l.ſi ventri 24.* §.*1.D. de Rebus aut.Jud.poſſidendis. Novella Juſt. 97.cap.* 3. Idemque juris eſt, ſi quis pecuniam ad inſtruendam, vel reficiendam navem crediderit, *l.qui in navem 26.& l.quod quis 34. D.de Reb.aut.Jud.poſſid.* Ideo vero creditores iſti caeteris praeferuntur, quod pecuniam credendo ad refectionem aedificii vel navis, ſalvum jus pignoris aliis creditoribus praeſtiterunt, *l.6.D. Qui potiores.*

At videtur obſtare maxime *l.cum poſtulaſſem 44.*§. *damni 1. D. de Damno infect.* in qua emtor bonae fidei, qui domum alienam emit, & impenſas ad refectionem domus fecit, agente creditore hypothecaria actione, impenſas in refectionem domus factas non reputat creditori. Ratio eſt, quod creditore agente adverſus emtorem hypothecaria actione, poſſit emtor agere adverſus venditorem evictionis nomine, *l.ſi mancipium 34.* §.*ult. D. de Evict.* & ita impenſas in domum factas a venditore recuperare, tum quia emtor, qui domum emtam refecit, eo animo non refecit, ut jus pignoris in ea domo ſibi quaereret; ſed ut ſuum negotium gereret. At hic creditor eo animo dederat pecuniam ad reficiendam domum, ut domus jure pignoris eſſet obligata.

### LEX XXVI. ULPIANUS Lib. 5. Opinionum.

*SI pecuniam militis procurator ejus mutuam dedit, fidejuſſoremque accepit: exemplo eo, quo ſi tutor pupilli, aut curator*

*tor juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam ſtipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.*

Multa militibus privilegia jure militiae conceſſa ſunt adverſus jus commune, quo pagani, ſeu hi,qui non militant, utuntur, tam in condendis ſupremis elogiis, quam in negotiis contrahendis,ex quibus privilegiis unum hic proponitur.

Finge, procurator Titii militis, qui habebat centum ex pecunia ipſius, ea Maevio credidit, & fidejuſſorem ab eo accepit Sempronium: ſtipulatus eſt procurator a Maevio debitore, atque a Sempronio fidejuſſore,eam pecuniam ſibi reddi, non militi, cujus erat pecunia. Ait Ulpianus, actionem, id eſt, certi condictionem, ex ea ſtipulatione dandam eſſe. Jure communi per liberam perſonam nihil nobis acquiri poteſt, *l.9.§.4.D.h.t.l.ſolutum* 11.*§.per liberam 6.D.de Pignor.actione*, *l.ſi ita* 126. *§.Chryſogonus* 2.*D. de V.O.l.*1.*Cod.Per quas perſonas,l.*4.*Cod.Si quis alteri vel ſibi, l.* 3.*C. de Contrah.vel committ.ſtipul.l.* 3. *C. de Inutil.ſtipul.*Ideo actiones ex contractibus procuratorum noſtro nomine factis nobis non acquiruntur, *l.per procuratorem* 72. *D.de Procurator. l. quaecumque* 11.*D.de Obligat. & Act.* ſed procurator, qui ſuo nomine contraxit, actionem mandati judicio cedere cogitur, *l.poſſeſſio* 49. *§. ult.D.de Adquirenda vel amitt. poſſeſſ.* Hic igitur privilegium eſt militis, ut ipſe habeat utilem actionem, licet procurator ei non mandaverit aut ceſſerit: idque exemplo tutorum, & curatorum, qui eum ex rebus pupilli, vel adoleſcentis ſuo nomine contraxerunt, nihilominus pupillus vel adoleſcens utilem habet actionem, *l.5.§.ſi actori 9.D.de Conſtituta pecunia,l.2.D.Quando ex facto tut. vel curat.* Et quemadmodum,ſi tutor vel curator ex pecunia pupilli vel adoleſcentis fundum comparaverit, pupillus vel adoleſcens vindicare poteſt, *d.l.2.D.Quando ex facto tutor. l.3.Cod.Arbitr.tutel.*Ita ſi procurator militis fundum ex pecunia ipſius comparaverit, miles utilem habet vindicationem, *l.ſi ut proponis* 8. *Cod.de rei vind.* Veruntamen id jus commune omnium eſſe videtur, non jus ſingulare, aut privilegium militum, *l. quod procurator 68.D. de Procurat.*

Alii negationem in ea ex Baſilicis reſtituendam putant, ſecundum Graecos interpretes, & ita legunt *dominus petere non poteſt,*

alii de procuratore praeſentis intelligunt, puta, ſi procurator in praeſentia domini, & ex re ipſius ſtipulatur, *l. ſi procuratori 79. D. de V. O.* Quàmvis enim ea regula veriſſima ſit, per procuratorem actionem nobis non acquiri, ſive ſuo nomine, ſive noſtro contraxerit, tamen aliquando per procuratorem actio nobis acquiritur, *d. l. ſolutum 11. §. per liberam 6. D. de Pignorat. act.* ut in ſtipulationibus praetoriis, *l. 5. D. de Praetoriis ſtipulat.* quae jungenda eſt cum *d. l. 79.* ex eod. lib. 48. Pauli ad Edictum. Vel ſi dominus ex contractu procuratoris ſui teneatur, ex eodem contractu utilem actionem exercere poteſt, *l. Julianus 13. §. ſi procurator 25. D. de Action. emti.*

## LEX XXVII. ULPIANUS Lib. 10. ad Edictum.

*Civitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad utilitatem ejus pecuniae verſae ſunt: alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.*

Ulpianus lib. 10. ad Edictum, exponebat eam partem Edicti perpetui, quae eſt de negotiis geſtis, ut deprehenditur ex inſcriptione *l. 1. & 3. D. de Negotiis geſtis*, ibi & de actoribus, Syndicis, ſeu adminiſtratoribus civitatum egerat, vel aliarum univerſitatum, *l. 7. D. Quod cujuſque univerſit. l. 4. D. Quod juſſu, l. bona 15. D. de V. S.* ex eod. lib. 10. Ulpian. ad Edictum, hic igitur differentiam proponit Ulpianus inter actorem privatorum, ſi quidem procurator domini, qui mandato illius pecuniam ſumit mutuam, ipſum dominum obligat, nec inquiritur, an pecunia in rem domini verſa ſit, *l. liberto 31. D. de Negotiis geſtis*, ſed ſi actor civitatis mutuam pecuniam nomine civitatis accepit, non aliter civitas tenetur, quam ſi pecunia in rem civitatis verſa ſit, idque creditor probaverit.

Ratio differentiae eſt, quod actores civitatum, magis cum tutoribus pupillorum, vel curatoribus minorum, quam cum procuratoribus privatorum comparantur, reſpublica enim minoris jure uti ſolet, *l. penult. Cod. Quibus ex cauſis maj.* Quemadmodum igitur tutores pupillorum, vel curatores adoleſcentum, qui mutuam pecuniam acceperunt, eorum nomine non aliter pupillos,

vel

vel adoleſcentes obligant, quam ſi pecunia in commodum eorum ceſſerit, *l.7.Cod.Quando ex facto tutoris, &c.* Ita nec actores civitatum aliter civitatem obligant, quam ſi pecuniam mutuo ſumtam in publicos uſus converterint. Imo videtur plus licere adminiſtratoribus civitatum, quam procuratoribus privatorum, nam procurator, cui privatus aliquis negotiorum ſuorum adminiſtrationem dederit, rem domini pignori dare non poteſt, mutuam pecuniam accipiendo, niſi ſpecialiter illi mandatum fuerit, *l.ſolut.11.§.ult.D. de Pignor. action.* Et tamen Syndicus ſeu actor civitatis rem civitatis pignori obligare poteſt, mutuam pecuniam accipiendo nomine civitatis, licet hoc illi ſpecialiter mandatum non fuerit, *l.ſi is 11.in princip. D. de Pignor. & Hypoth.* id vero etiam eſt exemplo tutorum, & curatorum, quia tutor pupilli rem, & curator rem adoleſcentis pignori dare poteſt, ſi mutuam pecuniam accipiant, & in rem pupilli vel adoleſcentis vertant, *l.tutor 16.D.de Pignorat.action.l.1.§.5.D. de Rebus cor. qui ſub tutel. l.3.Cod.Si res aliena pignori data ſit.*

Lex XXVIII. Gajus Lib. 21. ad Edictum provinciale.

*Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat exactionem ejus debiti quantitatis, in quam pignus non ſufficit.*

Creditor, qui dat mutuam pecuniam debitori, & pignus ab eo accipit, debitorem habet obligatum actione perſonali, & hypothecaria: perſonalis obligatio eſt principalis: hypothecaria eſt acceſſoria, quae accedit principali obligationi pecuniae creditae, *l.4.§.4.D. de Re judicata.*

Sed finge, Titium, qui dederat 20. mutua Maevio, pignus 10. ab eo accepiſſe, non videtur tacite remiſiſſe partem debiti: ſed ſi tantum 10. Titius diſtracto pignore habeat, 10. reliqua perſonali actione perſequetur.

Ratio eſt, quod acceſſoria obligatio ex principali quidem ſubſiſtat, *l.cum principali 178.D.de R.J.* At principalis obligatio ſine acceſſoria poteſt ſubſiſtere, vel ab initio, puta, ſi creditor pignus non acceperit, vel tantum pro parte debiti acceperit, *l. 5. D. de Pignor. & Hyp.* vel ex poſtfacto, ſi creditor debitori pignus reddi-

diderit, *l.*3.*D.de Pactis*, ſi pignus perierit apud creditorem, *l.*8. *Cod.de Pignorat. act.l.ſervo* 25.*Cod.de Pignor.* & *Hypoth.*

Non obſtat, quod ſi Titius loco Maevii debitoris alium debitorem non idoneum acceperit, non propterea Titius poſſit reliquum adverſus Maevium perſequi, *l.inter* 26.§.*abeſſe* 2.*D.Mandati*,quia novatione facta ſublata eſt Maevii obligatio,cum alium debitorem loco Maevii ſibi delegari creditor voluit.

## Lex xxix. Paulus Lib. 4. ad Plautium.

*SI inſtitutorem ſervum dominus habuerit, poſſe dici Julianus ait, etiam condici ei poſſe, quaſi juſſu ejus contrahatur, a quo praepoſitus ſit.*

Si dominus ſervum cuilibet negotiationi exercendae propoſuerit, inſtitoria actio adverſus dominum datur, ſed & ſi ſervo inſtitori credita ſit pecunia, creditor adverſus dominum condictione certi agere poterit directo, perinde ac ſi dominus ipſe mutuam pecuniam accepiſſet, §.*ultimo. Inſt.Quod cum eo,* &*c. l. heres* 19. §.4.*D.de Judiciis*, *l.*5. *D.Quod juſſu*, quae jungenda eſt cum *h. l.* 29. Quod ſi dominus non ſervum, ſed liberum hominem mercibus,puta,vendendis, emendiſque propoſuerit, non directa adverſus dominum, ſed utilis, ſeu exemplo inſtitoriae actionis, datur actio, *l.liberto* 31.*D.de Negot.geſtis*, *l.in eum* 19. *D.de Inſt. actione*, *l.Julianus* 13.§.*ſi procurator* 25.*D.de Act.emti*, *l.*5.*D.de Stipul.praetor.*

Ratio differentiae eſt, quod ſervus, qui eſt in domini poteſtate, una eademque cum eo perſona intelligitur, *l. ſi ſervus* 42.*D. de Damno infecto.* Theoph.in §.*an ſervo* 32.*Inſt. de Legat.*

## Lex xxx. Paulus Lib. 5. ad Plautium.

*QUi pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe (ei) obſtringat.*

Plerumque numerationi pecuniae, ut aliis contractibus, adhibetur ſtipulatio, firmandae obligationis cauſa, ſed multum intereſt

tereſt, utrum in ipſa pecuniae numeratione ſtipulatio procedat numerationem, vel ſequatur, an vero aliquo poſt tempore numerationem pecuniae ſtipulatio ſubſequatur: ſi quidem in ipſa numeratione pecuniae ante vel poſt numerationem ſtipulatio adhibeatur, id actum videtur, ut unus ſit contractus ſtipulationis, non mutui, *l. 6. & 7. D. de Novat.* niſi forte inutilis ſit ſtipulatio, ut in *l. 9. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de Stipul. ſervor. l. ſi ita* 126. §. *Chryſogonus* 2. *D. de V. O. l. 3. Cod. de Contrab., & committ. ſtipul.* tunc enim duo contractus initi videntur, quod ſi ex intervallo numeratio pecuniae praeceſſerit, & ſequatur poſtea ſtipulatio, erunt duo contractus, & novabitur mutuum in ſtipulationem, ſi id actum ſit, *d. l 7. D. de Novation.* ſi ſtipulatio ex intervallo praecedat numerationem, erunt & duo contractus. Veluti ſi filiusfamilias ſtipuletur, & paterfamilias factus mutuam det pecuniam, *l. quidam* 132. *in fin. D. de V. O.* vel ſi creditor a filiofamilias ſtipuletur, eique patrifamilias facto credat pecuniam, *l. 3. & 4. D. de SCto Maced.*

Finge ad *h. l.* 30. Titius ſtipulatus erat a Maevio centum, Maevius Titio ſpoponderat, quaſi 100. ab eo mutua accepturus: obligatus eſt quidem Maevius ex ſtipulatione, ſed in poteſtate ejus eſt, ne ex mutuo obligetur, *l. penultim. D. Quae res pignori.* Duo ſunt contractus, unus ſtipulationis qui praeceſſit, alter mutui, quod ſubſequi debuit, ſi Titius ex ſtipulatu adverſus Maevium velit agere, exceptione doli mali repelletur, *l. 2. §. circa 3. D. de Doli mali, & metus except.* vel exceptione non numeratae pecuniae, §. 3. *Inſt. de Exceptionibus*, habita ratione, non ad contractum ſtipulationis, ſed ad contractum mutui, quod ſequutum non eſt. Quod ſi Titius creditor pecuniam ſe crediturum Maevio promiſiſſet, ſi nolit credere, Maevius adverſus eum agere poterit, quanti intereſt, ſuam pecuniam non eſſe creditam, *l. ſi poenam* 68. *D. de V. O.* In poteſtate debitoris eſt, ut mutuam pecuniam non accipiat: in poteſtate creditoris non eſt, ut mutuam non det pecuniam, quam crediturum ſe promiſit.

## Lex xxxi. Paulus Lib. 17. ad Plautium.

*Cum fundus vel homo per condictionem petitus eſſet, puto, hoc nos jure uti, ut poſt judicium acceptum cauſa omnis reſtituen-*

*tuenda ſit: id eſt, omne, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtandae tempore ſolutus fuiſſet.*

In (omnibus) actionibus bonae fidei uſurae, & fructus veniunt ex die morae, in ſtricti juris judiciis ex die litis conteſtatae. Condictiones ſunt ſtricti juris: ſive igitur condictione indebiti agatur, ſive condictione ob rem dati, ſive condictione certi, poſt judicium acceptum, ſeu litem conteſtatam, omnis cauſa actori reſtituenda eſt, hoc eſt, fructus ex homine vel fundo percepti in reſtitutionem veniunt, *l. illud* 40. *D. de Petit. hered. l. videamus* 38. §. *ſi actionem* 7. *D. de Uſuris*, *l.* 8, *D. de Re judicata.*

*Ad* §. *ſervum tuum* 1.

§. 1. *Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus eſt: Sabinus, Caſſius, poſſe te mihi hominem condicere; ſed, ſi quid mihi abeſſet ex negotio, quod is geſſiſſet, invicem me tecum acturum. Et hoc verum eſt, nam & Julianus ait, videndum, ne dominus integram ex emto actionem habeat, venditor autem condicere poſſit bonae fidei emtori. Quod ad peculiares nummos attinet, ſi exſtant, vindicare eos dominus poteſt, ſed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium ſolvat: ſi conſumti ſint, actio de peculio evaneſcit. Sed adjicere debuit Julianus, non aliter domino ſervi venditorem ex emto teneri, quam ſi ei pretium ſolidum, & quaecumque, ſi cum libero contraxiſſet, deberentur, dominus ſervi praeſtaret. Idem dici debet, ſi bonae fidei poſſeſſori ſolviſſem: ſi tamen actiones, quas adverſus eum habeam, praeſtare domino paratus ſim.*

Locus eſt valde obſcurus, & luce interpretationis egens. Jungendus *h.* §. cum *l. ſi ſervus* 24. §. *ſervum* 1. *D. de Action. emti.* ex quo aliqua lux mutuari poteſt. Finge, Titius Stichum ſervum Maevio domino ſubreptum a fure emerat bona fide cum putaret Titius furem ſervi dominum eſſe. Stichus ex peculio, quod erat Maevii domini alium ſervum puta Pamphilum a Sempronio emerat: Sempronius Pamphilum ex cauſa emtionis tradidit, non

Sti-

Sticho qui emerat, non Maevio domino Stichi, & cujus nummis Stichus Pamphilum emerat, ſed tradidit Titio cui Stichus ſerviebat, & ita & traditione Pamphilus Titio acquiſitus fuit, *l. ſi ſervus* 21. *D. de Adquirendo rerum dominio*. Quaerebatur quomodo Maevio domino Stichi conſuli poſſet, ex cujus peculio ſeu nummis Pamphilus emtus erat. Sabinus & Caſſius putabant Maevium poſſe Titio Pamphilum traditum condicere, ſcilicet condictione indebiti, quia alius poteſt indebitum condicere quam qui ſolverit, *l. Dominus* 53. *D. de Condictione indebiti*, alii locum iſtum intelligunt de condictione ſine cauſa: verum Sempronius Pamphilum tradiderat Titio non ſine cauſa, ſed ex cauſa venditionis: alii vero tradiderat per errorem, nempe Titio, cùm Maevio vero domino Stichi tradere debuiſſet, ideo agere potuit Maevius adverſus Titium condictione indebiti; de qua Paulus eodem libro 17. ad Plautium egerat, *l. in ſumma* 65. *D. de Condictione indebiti*, verum ut illi dabant condictionem Maevio, ita putabant Titium cum Maevio viciſſim poſſe agere de peculio, *d. l. ſi ſervus* 24. §. 1. *D. de Actionibus emti*, ſi quid Stichus ex negotiis Titii geſtis ei deberet. Julianus aliam viam invenit quae Maevio domino conſulatur, puta ſi ratum haberet contractum ſervi, & ageret ex emto adverſus Sempronium Pamphili venditorem, quo caſu Sempronius ſervum Titio traditum condiceret indebiti condictione, *l. ſi mandavero* 22. §. *fugitivus* 9. *D. mandati*. Quod ſi Maevius contractum Servi ratum habere nollet, poſſe eum nummos extantes a Sempronio venditore vindicare, & viciſſim Sempronium poſſe agere adverſus Maevium actione de peculio, quatenus eſt in peculio ſervi. Juliani ſententiae Paulus adjiciendum putat. Si Maevius ratum haberet contractum ſervi, ageretque ex emto adverſus Sempronium, non quatenus eſt in peculio ſervi, ſed ſolidum ſeu totum pretium Pamphili ab eo emti praeſtare debuiſſe, quaſi Sempronius non cum Sticho ſervo, ſed cum Maevio domino contraxiſſet, *l. ſi ſervus* 57. *D. de Aedilitio edicto*, hoc igitur caſu quo Maevius dominus ratum habuerit contractum Stichi, & agat ex emto adverſus Sempronium venditorem, licet Sempronius Titio bonae fidei poſſeſſori Pamphilum ſolverit, id eſt, tradiderit, pretium Pamphili, debet Maevius offerre Sempronio, *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *D. de Actionibus emti*, & Sempronius actionem quam habet adver-

P ſus

ſus Titium praeſtare , puta indebiti condictionem , ut ita ceſſio actionis pro traditione Pamphili habeatur , *l. quod debetur 51. in fine, D. de Peculio.*

*T A N T U M.*

IN-

Digitized by Google

# INDEX
## RERUM ET VERBORUM.

*Numerus paginam indicat.*

A

ACtores, ſeu Syndici Civitatum niſi pecuniam mutuo ſumtam in publicos uſus converterint, Civitates non obligant: exemplo Tutorum, & Curatorum. 109

Aedificii nondum conſumati uſufructus non debetur. 47

Aeſtimatio rei mutuo datae, quae petitur condictione Triticiaria, fit ſpectato tempore, quo ſolvi convenerat; at ſi nil conventum eſt, ſpectatur tempus litis conteſtatae. 101.

Ambiguum quomodo accipi debeat. 1.

Antinomia inter *l.unic.* §.4. *& ult. ff. de remiſſ. l.Creditori* 9. *ff. de nov.op. nunc.* & *l.* 1. *in princ. ff.ſi uſusfruct. pet.* *l.*1.*§.ult.ff.de nov.op.nunc.* prorſus conciliari non poteſt. 56

Argumentum,deſumtum ab his quae quotidie fieri ſolent, valet. 82

Argumentum a mutuo ad ſtipulationem non procedit. 85

B

IN Bonae fidei judiciis aeſtimatio rei fit inſpecto tempore rei judicandae, non litis conteſtatae, ut obtinet in judiciis ſtricti juris. 101

In Bonæ fidei actionibus uſurae, & fructus veniunt ex die moræ, in ſtricti juris vero ex die litis conteſtatæ. 112.

C

CAlliſtratus J.C. quo ævo vixerit. 1

Locus, in quo caput hominis humatum eſt, religioſus efficitur, non ubi cetera membra. 49

Certi, & Incerti differentiae.76.77.In re communi potior eſt cauſa prohibentis, quam ejus qui conatur aliquid facere. 32

Condictiones omnes ſunt ſtricti juris. 112.

Condictione certi quid petatur, & quid hæc condictio a Triticiaria condictione differat. 101

Condictionum variae ſpecies. 104

Conditiones quaedam in dando,quaedam in faciendo, quaedam in utroque conſiſtunt, quae dicuntur mixtae. 23

Confuſione extinguuntur ſervitutes, ut & jus creditoris, & debitoris. 51

Conſuetudo morem non efficit, ſed contra mos conſuetudinem. 2

Conſulares 4. Adrianus inſtituit ad Italiam tantum regendam: poſtea vero alias etiam Orientis, & Occidentis partes rexerunt. 105

Conſumtio pecuniae efficit ut mutuum ſit, quod numeratione contractum non erat. 87

Contractus iiſdem modis ſolvuntur, quibus contrahuntur. 4. exempla. 5

In Contractibus ſtricti juris id ſolum venit, quod expreſſum eſt, & non expreſſum habetur pro omiſſo: excipe tamen in mutuo. 72

P 2 Con-

Digitized by Google

Contractus omnes habent propria quaedam. 71
Contributio fieri debet ei, cujus merces ob ſalvãdam navem jactae ſunt, aut corruptae, ab iis quorum merces in navi ſervatae ſunt. 13. & 15
Conventio ad omnes contractus pertinet, ſive re, ſive verbis fiant. 18
Conventio privata ſervum facere non poteſt, niſi ſervus pretium participaverit. 25
Creditor habet utilem petitionem, ſeu vindicationem ſervitutis. 54
Credendi generalis appellatio eſt, & ad plures contractus extenditur. 66
Credere proprie eſt mutuam pecuniam dare; & Creditor proprie qui dedit. ib.

D

DEpoſitum verti poteſt in mutuum, & tunc nova traditione non eſt opus. 83
Plures Domini ejuſdem rei eſſe poſſunt pro indiviſo, non vero diviſis partibus. 31
Dominium rei legatae recta via tranſit ad legatarium, ut ne momento quidem temporis apud heredem fuiſſe intelligatur. 59.60
Donatio & mutuum quadantenus ſunt affines. 93
Donationis & venditionis contractus multum differunt a contractu innominato, *do ut des*. 96

E

EDictum Claudii ad legem Corneliam explicatur. 6.7.
Edictum Divi Adriani & aliorum Principum de naufragiis competit non modo adverſus eos, qui nave expugnata aliquid abſtraxerint, ſed etiam ſi domo, vel villa expugnatis, aliquid rapuerint. 28
Emtio pro parte poteſt conſiſtere, licet pars rei venditaē evincatur. 16
Emphiteuticarius, & ſuperficiarius habent vindicationem ſervitutis, ut Fructuarius & Creditor. 56
Evictio non eſt de ſubſtantia emtionis, ſed de natura emtionis. 15.71
Exemplis non eſt judicandum, ſi res judicatae legibus repugnant, vel res judicatae aliter fuerint. 2

F

FIctio brevis manus quid efficiat. 91.
Fiducia quomodo contrahebatur. 48.
Fideicommiſſaria hereditas poteſt ſibi adſcribi ab eo qui alienum teſtamentum ſcribit, nec in poenam S.C.Liboniani incidit: directa non item. 10
Filius non tenetur ob delicta Patris, & quantum ad hoc non una eademque perſona cenſentur. 11
Filiorum appellatio non ita late patet, ut liberorum. 20
Filiorum appellatione nepotes continentur. ib.
Filii dicuntur monumenta, locus Artemidori ad rem. 21
Filiusfam. ut & ſervus Domini non ſunt nummorum quod habent in peculio. 70
Filiusfam. ſolvens pecuniam mutuam, nummos Creditoris non facit, ſed donare intelligitur; quod cum ei non concedatur, ejus pecuniæ datur Patri condictio. 89
Fœnerari ſæpe accipitur pro mutuam pecuniam dare abſque uſuris: locus D.Auguſtini. 73
Furioſi nullus eſt conſenſus, ut rei ſuæ dominium in alium transferat. 86
Fructuarius & Creditor plerumque æquiparantur. 54
Fructus rei pignoratae ad Creditorem non pertinent. 74

G

GEntes quædam liberos pro Parentibus, Parentes pro liberis puniebant. Romani hunc morem damnarunt. 10

He-

Digitized by Google

H

HEres etiam extraneus Tutoris arcetur a nuptiis pupillae. 17

I

JActus, ſeu jactura, quae fit ut navis ſalva ſit, contributione inter omnes aequari debet, tam eos, quorum merces jactae ſunt, quam quorum in navi ſervatae ſunt. 12
Ignorantia juris prodeſſe non debet mulieribus in compendiis. 9
Incertus contractus eſt innominatus: certus eſt cui nomen jure civili impoſitum eſt. 80
Interpretatio §. 3. *l. 2. de reb. cred.* ex Cujacio. 69
Itineris ſervitus quid contineat. 41
Judicium acceptum non eſt res judicata, ſed lis conteſtata. 101
Juris authores ſemper inſpiciunt voluntatem dantis. locus Senecae ad rem. 94
Jus civile dicitur jus moribus introductum. 2
Jusjurandum in litem quid differat a jurejurando neceſſario: eorum effectus. 4
Julianus librum ſcripſit de ambiguitatibus. 1

L

LEgatarius doli exceptione repellitur, ſi ſervitutes aditione ſublatas iterum imponi non patiatur. 59.
Legatorum differentiæ. 60
. . . . . a Juſtiniano prorſus ſublata. *ib.*
Legis Mela 14. §. *Quidam ff. de alim. & reb. leg.* emendatio, & ſententia. 51.
Lex, *ſi quis aliam ff. de ſolut. & lib.* non obſtat *l. 72. ff. de evictiion.* 16
L. *Si via* 26. *ff. de ſervit. præd. ruſt.* non pugnat *cum l. 9. ff. de ſervit.* 41
Locis publicis, religioſis, aut ſacris intervenientibus quaedam ſervitutes impediuntur, quaedam non item. 50
Longo, & longiſſimo tempore (ſeu cujus memoria non extat) ſervitutes acquiri potuerunt, licet non poſſent uſucapi. 49

M

MAgiſtratus Romae, & Praeſides in Provinciis non ipſi judicabant, ſed Judices dabant. 3
Marcellus in notis ſuis quacumque ratione Julianum cavillatur. 90
Modus non eſt conditio, ſed differt a conditione. 35
Modus poteſt adjici ſervitutibus. *ib.*
Monumentum eſt quod ſervandae memoriae gratia exiſtit. 21
Ante moram ſe debita peremta, debitor liberatur, mora autem facta perpetuatur obligatio debitoris, nec rei interitu liberatur. 75.
Proculejanorum a Sabinianis hac in re diſſenſio. *ib.*
Murenas mutuas dedit in pondus Hirtius Cæſari, apud Varronem. 68
Mutuum quod ab initio non conſiſtit, conſumtione pecuniae reconciliatur. 86
In mutuo res accipientis fit. 67
Mutuari, & commodare promiſcue uſurpantur. 67
In mutuo ſingulariter receptum eſt: ut per liberam perſonam nobis acquiri poſſit, contra receptam juris regulam. 82

N

NAturale vinculum quid ſit apud Papinianum in *l. Fidejuſſor* 59. *ff. de Condit. Indeb.* 81
Nauticas leges Romani a Rhodiis acceperunt. 12
Nepos una tantum mancipatione ſolvebatur poteſtate avi. 20
Nepote, vel etiam ulteriori gradu exiſtente, deficit conditio Fideicommiſſi, ſi ſine liberis deceſſerit. 21.

Ne-

Digitized by Google

Nemo plus juris in alium tranſferre poteſt quam ipſe habet. 87
Nomina ſignificandarum rerum gratia inventa ſunt. 77
Ex numeratione pecuniae contrahitur naturalis obligatio: verumtamen tunc ea obligatio contrahitur, cum ea mente quis accepit, ut obligetur. 96
Poſt numeratam pecuniam ſi ex intervallo ſequatur ſtipulatio, erunt duo contractus; & mutuum novabitur in ſtipulationem. Si id actum ſit. 111

O

Obligatio non acquiritur nobis per liberam perſonam. 25
Obligatione non ſolutione contractus conſiſtunt. 68
Obligatio contracta ex mutuo naturalis dicitur. 81
Obligatio perſonalis eſt principalis, hypothecaria vero eſt acceſſoria. 109.
Oratio Principis praecedebat Senatus Conſultum. 17

P

Pacta, contra ſubſtantiam contractus addita, immutant ipſos contractus, ut in aliud contractus genus tranſeant. 98
Pacta in venditionibus, quae nullam venditoris utilitatem continent, nullius ſunt momenti, nec ex vendito agi poterit. 52
Pater condicere poteſt pecuniam, quam filiusfam. contra S. C. Macedonianum mutuo ſumtam, ſolvit: ſi vero nummi conſumti a Creditore ſunt, ceſſat condictio. 89.
Paulus, & Ulpianus notas ſcripſerunt ad libros Papiniani. 58.
Pecunia commodari poteſt oſtendendi gratia. 95
Periculum rei fortuito caſu amiſſae ad quem pertineat. 84
Poſſeſſio animo & corpore acquiritur. 83
Praetor, aliique Magiſtratus juriſdictionem habent, Judices vero dati notionem tantummodo. 100
Privilegii Creditorum non ex tempore, ſed ex cauſa rei creditae aeſtimantur. 105
Per Procuratorem nobis actio non acquiritur, ſive ſuo nomine, ſive noſtro ſtipulatus fuerit. aliquando autem acquiritur. 108
Proculejani jus ſtrictum, Sabiniani bonum & aequum ſequebantur, unde eorum diſcrepantia. 99
Pupillus mutuam pecuniam dans accipientis eam non facit, ut etiam ſolvens a ſe debitam non liberatur. Conſumptione vero pecuniae condictio, & liberatio pupillo contingunt. 97

Q

Qui dolo deſiit poſſidere adhuc poſſidere intelligitur. 86
Qui pecuniam credidit ad refectionem aedificii privilegium habet exigendi: id eſt ceteris creditoribus ſive Chirographariis, ſive hypothecariis praefertur. 105
Quod acquiſitum eſt facilius retinetur, & conſervatur, quam ab initio acquiritur. 79

R

Rationes reddere quid ſit. 23. 24.
Res ſuo domino perit. 73
Rei generalis appellatio eſt, quae bona omnia comprehendit. 67
Res incorporales non poſſidentur, neque uſucapiuntur. 46
Reſcribere eſt, obligationem nominibus, ſeu literis contractam, aliis literis, ſeu ſcriptura diſſolvere. locus Horatii *lib. 2. ſerm. Satyr. 3. v. 76.* illuſtratus 4.

S

Scriptura praevalet voluntati. 36.
Senatus Conſulti Liboniani Sen-

ten-

tentia, & quo ævo conditum fuerit. 6.
Senatus Conſulto, ſecuto Orationem D. Antonini & Commodi, prohibitae ſunt nuptiae inter pupillam & Tutorem, filiumque ejus. 17
Servi quibus modis fiant. 24
Servitutum differentiae. 29
Servitutes unde appellentur. 30
Servitutes ſunt qualitates, & habitus praediorum, & ideo Praediis perpetuo debent inhaerere. 34
Servitutes quae rerum aut praediorum cauſa ſunt conſtitutae ad heredes tranſeunt; quae vero perſonarum cauſa, cum ipſis perſonis extinguuntur. 30
Servitutes pro parte conſtitui non poſſunt 31. neque ad diem, aut ex die, neque ſub conditione, vel ad conditionem. 34
Servitutes ad certam partem conſtitui, ac remitti poſſunt. 37
Servitutes utrorumq. praediorum aliae in ſolo, aliae in ſuperficie conſiſtunt; earum nomina, & differentiae. 33
Servitus itineris ad ſepulchrum, quaedam ſingulari jure recepta habet. 50
Servitus conſtitui poteſt per intervalla horarum, dierum, menſium, annorum. 35
—— ſub modo, qui non eſt conditio. *ib.*
Servitus licet per partes acquiri non poſſit, poteſt tamen per partes retineri. 39
Servitus acquiri non poteſt niſi ab eo qui fundum vicinum habet. 37.
Servitutum urbanarum & ruſticarum differentiae enumerantur. 48
Servitutum natura ea eſt, ut qui eam debet, aut aliquid patiatur, aut non faciat: non vero ut ipſe aliquid agat, niſi in ſervitute oneris ferendi. 53
Servitutes quaedam deberi poſſunt etiam vicina praedia non habentibus. 52
Servitutes praedii ruſtici non uſucapiuntur. 47
—— praedii urbani uſucapiuntur, quatenus in poſſeſſione conſiſtunt. 47
Servitutis ſtipulatio infirmatur ſi poſt ſtipulationem, ſervitute nondum impoſita, totus fundus, ſeu ejus pars alienetur. 43.44
Servitus deberi poteſt non ſolum ratione neceſſitatis, ſed etiam ratione voluptatis 61. ubi conciliantur *L.* 15. & *L. penult. ff. de Servitut.*
Servitutes non poſſidentur. Sed quaſi poſſidentur. 62
Silentio etiam quaedam conventiones fiunt, non tantum verbis. 72
Solutio pro parte non poteſt conſiſtere, & ſolidum ſolvi debet, ut ab obligatione diſcedatur. 16
Socius in re communi nihil facere poteſt, invito ſocio. 38
Socio in re communi quid permittatur. 32
Studiorum cauſa Roma petebatur uſque ad Caſſiodori tempora. 93
Stipulatio ſtricti juris eſt; ideo ſi quid in ſtipulatione omiſſum fuerit, pro omiſſo habetur; & pactum ei ſubditum vix ipſi ineſſe videtur. 72
Subſcriptio ſpecialis Teſtatoris, puta *dictavi*, *& recognovi*, efficit ut legatum, ab eſtraneo ſibi in alieno teſtamento adſcriptum, debeatur, nec poena S. C. Liboniani locum habeat. 7
Superficies, & ſuperficiarius. 32

## T

TEſtamentum holographum quod dicatur. 7

Te-

Teſtamentarius in *L.* 15. *ff. ad L. Cornel. de Falſ. §. ultim.* accipitur pro eo qui teſtamentum alienum ſcribit. 10
Teſtator ſaepe aliquid voluiſſe intelligitur, de quo heredem non rogavit. 27
Tituli, de rebus creditis, ſi certum petetur, & de condiction. variae conceptiones, & ſincera explicatio. 64.65
Tribus ruſticae honoratiores fuere urbanis. 48
Triticiaria condictione quid petatur. 101

V

VBi eadem eſt ratio idem jus eſt ſtatuendum. 17
Verbis legis deficientibus ex ſententia earum fit interpretatio. *ib.*
Verecundia in *L.* 47. *de Judic.* accipitur pro reverentia vel aeſtimatione. 3
Viaticum in *L.* 17. *ff. de Reb. Credit.* explicatur. 93
Viae latitudo ex legibus XII. Tab. 40.
Viae ſervitus quid contineat. *ib.*
Viae legitima latitudo debetur, ſi in ea conſtituenda nulla certa latitudinis demonſtratio adjecta ſit. 45.
Viae latitudo per pactum anguſtior legitima imponi poteſt. *ib.*
Viae duplex appellatio, unde componitur diſſidium inter *L.* 13. *de Servitut. & L. Paries* 117. *de verb. ſign.* 46
Urinatores qui ſint. 13
Uſus fructus quibus modis conſtituatur. 36
Uſus ſervitutum individuus eſt, ideo diviſionem non recipit, eoque quiſque eorum ad quos pertinet in ſolidum utitur & eorum quiſque qui debent, in ſolidum tenetur. 57
Uſus ſervitutum eſt pro traditione, ſeu quaſi traditione. 62
Ulpianus ſecum ipſe pugnare videtur in *L.* 14. *ff. de Reb. Credit.* & in *L.* 9. §. 1. *ff.* ad *S. C. Maced.* hujus pugnae conciliatio. 89
Ulpianus in *L.* 15. *de Reb. Cred.* irreconciliabiliter pugnat cum Africano in *L. Qui negotia* 34. *ff. mand.* 91
Ulpianus in *L.* 18. *de Reb. Credit.* manifeſtè diſſentit a Juliano in *L. Cum corpus* 36. *de acquir. rer. dom.* 94
Ulpianus Julianum ultus eſt, notas ſcribendo in Marcellum, qui in Julianum antea notas ſcripſerat. 90.

FINIS.

# EMUNDI MERILLII,

Tricaſſini JCti & in Academia Cadurcorum Anteceſſoris,

# OBSCURORUM,

SEU

# DE JURE ACCRESCENDI ET CONJUNCTIONIS,

LIBER SINGULARIS.

Q CLA-

Digitized by Google

*CLARISSIMO ET CONSULTISSIMO VIRO*

# DYONISIO DE HERE

In ſuprema curia Pariſiorum Senatori,

## EMUNDUS MERILLIUS

S.

C*Alviſii illius Sabini ſtudium rideri fortaſſe potuit*, *qui centenis millibus ſervos faciendos locaverat* : *e quibus Homerum unus*, *alter teneret Heſiodum*, *& ſingulos novem Lyricis aſſignarat*. *dum* in ea opinione eſſet, ut putaret ſe ſcire, quod quiſquam in domo ſua ſciret, *Senec.*Epiſt.27.*Patris vero ſtudium non ſatis laudari poteſt*, *qui quantumvis magnis ſumtibus*, *& quantavis diligentia filiorum inſtitutionem curaverit* : *cum ille*, *ſi quid eſt in filiis virtutis aut gloriae*, *ſuum proprio jure dicere audeat*. *Ita ſaepe laudaſti viri tibi devotiſſimi patris mei propoſitum*; *qui quot natos habuit*, *tot habere voluit juris rerumque optimarum diſciplinis inſtitutos* : *non in rebus afflictis miſere*, *& turbatis temporibus*; *quibus extincta omnia potius*, *quam ſalva licebat augurari*. *Et nunc magis laudaveris*, *ubi rem foeliciter ſecutum videas*, *nec pium patris votum*, *optabili exitu fuiſſe deſtitutum*. *At quodcumque omnes ſumus*; *hoc tuis*, *hoc tibi ſumus* : *qui patrem*, *qui fratres amice complecteris*; *gratia juvas*, *promoves*. *qui me abſentem ultro requirebas*, *ut tuis beneficiis adornares*. *Sed quia in primo ordine dignitatum poſitus*, *graviſſima Regis Senatuſque mandata ſaepiſſime defunctus*, *non minus tamen doctrinae multiplicis*, *quam dignitatis ampliſſimae lumine praeſulges* : *haec de Jure Accreſcendi Obſcura*, *quae mihi Tricaſſus noſtros longa ex peregrinatione reviſenti*, *inter complexus parentum propinquorumq*, *ſuaviſſimos per otium ſcribere contigit* : *tuo magis nomine*, *quam ſcriptis meis illuſtrata eſſe volui*. *Vale Tricaſſibus*, IX. *Calend.Decemb.* M.IↃ.CIII.

EMUN-

# EMUNDI MERILLII, OBSCURORUM, SEU DE JURE ACCRESCENDI ET CONJUNCTIONIS, LIBER SINGULARIS.

## CAP. I.

*Quo jure conſtitutum ſit jus accreſcendi.*

JUs accreſcendi conſtitutum fuit Jure Civili, ſeu interpretatione prudentum ad leges XII. Tab. quod jus antiquum propterea dicitur apud Ulpian. *lib ſing. Reg. tit.* 1. 17. & 18. in *l. pater meus* 29. §. *ult. D. de Legat.* 2. *l. un. in princ. C. de caduc. tollend.* jus vetus in *l. maximum* 4. *C. de liber. praeterit.* & idem eſt ac jus civile. nam quae ſunt regulae juris civilis in *l. contra* 28. *D. de Pact.* in *l.* 4. *D. qui teſtament. fac. poſſ.* eaedem ſunt regulae juris antiqui. *in tit. D. de Diverſ. reg. jur. antiq.* veterum regula, *l.* 1. §. *veteres* 16. *D. de Acq. vel amitt. poſſeſſ.* antiqua regula, *l. ult. C. de haeredibus inſtit.* & quos poſtumos Scaevola ex jure antiquo inſtitui poſſe ait, qui poſt mortem naſcerentur, in *l. Gallus* 29. §. *ſi ejus* 7. *D. de Lib. & poſtum.* Eos Ulpian. *lib. ſing. Regul. tit.* 22. jure civili inſtitui poſſe ait. Ita ut in dubium relinquatur, idem eſſe jus antiquum quod eſt jus civile. Et ſane antiquum dicitur, quod legibus XII. Tab. latis ſtatim ex his jus civile fluere coeperit, *l.* 2.

§.*his legibus* 6.*D.de Orig.jur.* Prudentes vero illi, jus accreſcendi conſtituerunt ex interpretatione legis in legitimis haeredibus; Si contingeret nonnullos ex his, quibus delata erat legitima haereditas, deficere antequam haereditatem adire poſſent: eo caſu veteres haereditatem non aditam tranſmitti non poſſe voluerunt, *l.un.*§.*in noviſſimo* 5.*C.de caduc.tollend.* ſed aliis qui adiiſſent portionem non aditae haereditatis jure accreſcere, quaſi lex XII. Tab.eos ſolos vocaſſet ad haereditatem. Et ita in legitimis haeredibus jus accreſcendi conſtitutum fuit ex interpretatione legis: ſed in ſcriptis haeredibus inductum fuit ex interpretatione voluntatis, nam quos teſtator haeredes ſcripſerat, eos quoque deficientium aut repudiantium portiones capere voluiſſe viſus eſt, & inde effectum ne quis teſtatus pro parte, & pro parte inteſtatus decederet. quae regula eſt juris civilis in *l.jus noſtrum* 7.*D.de Reg.jur.* ut ſemper oſtendatur jus accreſcendi, & quod competit legitimis haeredibus; & quod competit haeredibus ſcriptis, jure civili fuiſſe conſtitutum; atque etiam illud quod competit legatariis ratione conjunctionis. Ulpian.*lib.ſing.Reg.tit.*24.§.12.*Jure civili concurſu partes fiebant, non concurrente altero pars ejus alteri accreſcebat.*

## CAP. II.

### *Quatenus jus vetus accreſcendi poſt legem Papiam ſublatum fuerit.*

IN jure accreſcendi tria tempora ſunt obſervanda, jus vetus quod obtinuit a XII.Tab. ad legem Papiam: jus novum quod obtinuit poſt legem Papiam; & jus noviſſimum ex conſtitutione Juſtiniani in *l. un. C.de cad. tollend.* §.3. 4.*&* 5. ubi jus antiquum quod ante legem Papiam obtinebat, Juſtinianus recentavit. jure antiquo jus accreſcendi competebat haeredibus legitimis, ſi ii, quibus lege XII. delata erat haereditas ab inteſtato, ut agnatis proximis, ante eam aditam deficerent, *l.ſi ex pluribus* 9. *D. de Suis & legitim.l.ſi Titio* 61.*D.de Legat.*2.Paulus *lib.*4.*tit.*8.quod & ad alias legitimas haereditates porrectum, eas ſcilicet quae SCtis deferuntur, §.*ult.Inſtit.de SCto Orphitian.l.*1. §.*ſi nemo* 9. *D.ad SCtum Tertyll.* quo novo jure haereditas ad nos pertinere

po-

poteſt, *l.*1.*D.de Haeredit.petit.* & hoc jus accreſcendi quod competit jure antiquo legitimis haeredibus nulla in parte lege Papia immutatum fuit. haeredibus ſcriptis etiam jure antiquo competebat jus accreſcendi, ſi qui ex illis aut vivo teſtatore, aut poſt mortem teſtatoris deficerent; aut etiam delatam ſibi in teſtamento haereditatem repudiarent, vel omitterent, quod jus accreſcendi inter haeredes ſcriptos lex Papia non omnino ſed aliqua ex parte ſuſtulit. Nam poſt legem Papiam, ſi quis deficiebat vivo teſtatore; id in cauſa caduci eſſe dicebatur: Si vero poſt mortem teſtatoris, ante aperturam tabularum (quia ex parte haeres ſcriptus non niſi apertis tabulis haereditatem adire poterat, Ulpian. *tit.*17.*l.*1.§.*ult.D.de Jur.& fact. ign.l. multum* 21. *D.de Condit.& demonſtrat.*) id proprio nomine caducum dicebatur, *l.un.*§.*pro ſecundo* 4.& §.*in noviſſimo* 5. *C. de caduc. tollend.* Ulpian. *tit.de cad.* atque illis caſibus partes caducae fiſco vindicabantur, *l.Item veniunt* 20. §.*dit ſenatus* 7. *D.de haeredit.pet.* quibus etiam caſibus, jus antiquum accreſcendi quod competebat haeredibus ſcriptis ſublatum eſt; cum deficientium portiones aliis non accreſcerent, ſed fiſco peterentur. Ubi vero apertis tabulis dies adeundae haereditatis ceſſerat, ſi qui tunc ex haeredibus ſcriptis partes ſuas repudiarent, vel omitterent, aut etiam ante cretionem deficerent; hoc caſu, etiam poſt legem Papiam * inter haeredes ſcriptos manſit jus accreſcendi, *l.qui ex duabus* 53. *l.qui patri* 59. *D.de acq.vel omittend.haeredit. l. haec ſcriptura* 26.*D.de Condit.& demonſtrat.l.*2.§.*ſi duo* 8. *D. de Bon. poſſeſſ.ſecund. tab.l.teſtamento* 6.*C.de impub.& aliis ſubſtit.*atque etiam inter bonorum poſſeſſores. *l.*4. *D.de Bon. poſſeſſionib.*

## C A P. III.

*Nihil pertinet ad legem Papiam* l.ſi ex pluribus 9. D.de Suis & legitim. *neque ibi recte colligitur, jus accreſcendi vetus inter haeredes ſcriptos lege Papia ſublatum eſſe.*

NEc vero colligitur recte (*ad Cujac.lib.*12.*Obſ.c.*11.) ex *l.ſi ex pluribus* 9. *D. de Suis & legitim.* jus accreſcendi inter hae-

* *Nota ad Cujacium lib.*12.*Obſ.cap.*11.

haeredes ſcriptos lege Papia ſublatum eſſe; nam *d. l. ſi ex pluribus* 9. nihil quidquam ad legem Papiam referri, ad eamve pertinere poteſt. Ibi Martianus confert haeredes legitimos cum haeredibus ſcriptis, ſeu inſtitutis; quorum illi jus accreſcendi ad haeredem tranſmittunt, hi vero jus ſubſtitutionis non poſſunt tranſmittere. Quod & jure antiquo, & jure novo poſt legem Papiam obtinuit: nullo jure jus ſubſtitutionis tranſmitti potuit; ſed utroque jure, & antiquo, & novo haeres ſcriptus qui haereditatem adierat, jus accreſcendi ad haeredem tranſmittere potuit. de quo non loquitur Martianus, tantum ait haeredem ſcriptum non tranſmittere jus ſubſtitutionis, ſed non ait inter haeredes ſcriptos non eſſe jus accreſcendi; aut haeredes ſcriptos jus accreſcendi non tranſmittere. quod ex ſpecie propoſita facile liquebit. finge, Primus, Secundus, & Tertius fuerant haeredes inſtituti: & ex illis Secundus Tertio cohaeredi ſuo ſubſtitutus, Secundus adita haereditate decedit, poſtea Tertius, cui Secundus erat ſubſtitutus, partem ſuam repudiat; quaeritur an jus ſubſtitutionis, quod competebat Secundo ſi Tertius haeres non eſſet, haeredibus quoque illius competat, & ait Martianus Secundo vivo deferri ex ſubſtitutione haereditatem, non etiam ſi Secundus deceſſerit, haeredem ejus ſequi. idemque Paulus *lib.* 4. *tit.* 8. Ergo hoc tantum colligi poteſt ex *d. l. ſi ex pluribus* 9. jus accreſcendi quidem haeredes ſequi, jus ſubſtitutionis haeredes non ſequi, ſed colligi non poteſt inter haeredes ſcriptos jus accreſcendi lege Papia ſublatum eſſe. Quinimo in ſpecie propoſita cum Secundus adita haereditate deceſſiſſet, poſtea repudiante partem ſuam Tertio, pars illius non ſolum primo, ſed etiam haeredibus Secundi accreſcet, ac licet jure ſubſtitutionis admitti non poſſint, jure accreſcendi tamen admittentur, ut in *l. qui patri* 59. *D. de Acq. vel omittend. haeredit.* ex qua certiſſimum eſt etiam poſt legem Papiam inter haeredes ſcriptos, qui haereditatem adiiſſent, manſiſſe jus accreſcendi. Et hac ratione evincitur, poſtquam apertae tabulae fuerant, ſi qui deficerent, aut partem ſuam repudiarent, ad eos caſus lex Papia non pertinebat: ſed tantum ſi qui deficerent aut vivo teſtatore, aut poſt mortem teſtatoris ante aperturam tabularum; quia non niſi apertis tabulis dies legati cedebat, aut dies adeundae haereditatis, *l. ſi patronum* 44. §. 1. *D. de Bon. libert.* ſi qui igitur ex haeredibus ſcriptis haereditatem adiiſſet,

non

non amplius fuit locus caducis ; ſed repudiantium aut deficientium portiones illis accreſcebant, qui haereditatem pro parte ſua agnoviſſent : atque ita poſt aditam haereditatem inter haeredes ſcriptos manſit jus accreſcendi, quod lex Papia non ſuſtulerat. Et hoc verum eſt etiam jure novo, quod non putat Cujacius *d. c.11. Haeredi haeredis inſtituti, qui adiit ex ſua inſtitutione; jure accreſcendi obvenire portionem cohaeredis non adeuntis, quae non fuit delata defuncto*: licet neque jure veteri, neque jure novo aut noviſſimo haeres inſtitutus jus ſubſtitutionis ad haeredes tranſmittere potuerit, atque in eo ſubſtitutio differt a jure accreſcendi.

## C A P. IV.

*In quibus differt, aut convenit jus accreſcendi cum ſubſtitutione.*

EA eſt igitur differentia inter jus accreſcendi & ſubſtitutionem, ut haeredis haeres ad ſubſtitutionem non admittatur, *l. ſi ex pluribus* 9. *D. de Suis & legitim. l. qui liberis* 8. *D. de vulg. & pupill.* jus accreſcendi haeredem ſequatur, *l. qui patri* 59. *D. de Acq. vel omittend. haered.* cujus differentiae ratio haec eſt, quod jus accreſcendi ſit reale & pars parti accreſcat, *l. ſi Titio* 33. *D. de Uſufruct. & quemad. l. ſi totam* 83. *D. de Acq. vel omittend. haered.* ſubſtitutio vero perſonae deferatur, *d. l. ſi ex pluribus* 9. quae ubi deceſſerit, jam illi deferri non poteſt; & ita ſi haereditas non adita non tranſmittitur, multo minus haereditas non delata tranſmittetur. Sed & quaedam aliae differentiae reperiuntur, quod jus accreſcendi invito competat, *l. qui ex duabus* 53. *D. de Acq. vel omittend. haeredit. l. teſtamento* 6. *C. de impub. & al. ſubſtitut. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. tollend.* ſubſtitutio vero non niſi volenti deferatur. nec obſtat *l. qui patri* 59. *D. de Acq. vel omittend. haered.* ubi ſubſtituto non defertur neceſſario ex ſubſtitutione haereditas, ſed jure accreſcendi. Nam cum quis cohaeres filio adjectus fuerit, idemque filio ſubſtitutus; perinde eſt ac ſi ex parte pure, & ex alia parte ſub conditione inſtitutus eſſet, *l. cohaeredi* 41. §. *cohaeres* 6. *D. de Vulg.* quod ſi ex inſtitutione adierit, & ex ſubſtitutione adire nolit, jure accreſcendi nihilominus invito defertur haereditas, *d. l. qui ex duabus* 53. *D. de Acq. vel omittend. haered.* ſed non idem eſt

in

in alio ſubſtituto, *d.l.cohaeredi* 41.§.*cohaeres* 6. *D.de Vulg. & pupill. ſubſtit.* Tertia differentia eſt quod jus accreſcendi ſit jus tacitum, *l.ſervus communis* 67. *D.de Acq. vel omittend. haered.* Et *d. l. qui ex duabus* 53. ſubſtitutus vero admittitur ex voluntate expreſſa teſtatoris. Propterea ſubſtitutio ſemper potior eſt jure accreſcendi, & ſubſtitutus conjuncto praefertur, *l.* 2. §. *ſi duo* 8. *D.de Bon.poſſeſſ.ſec.tab.l.un.*§.*in primo* 3. & §. *pro ſecundo* 4. *C.de cad. tollend.* in his differt jus accreſcendi a ſubſtitutione, ſed in multis quoque convenit: Nam qui ſuccedit in partem deficientem jure accreſcendi, eſt quaſi ſubſtitutus; & jus accreſcendi, tranſit cum onere, veluti ſubſtitutio; poſt reſcriptum D.Severi, *l.ſi Titio* 61.*D.de Legat.*2. Secundo convenit jus accreſcendi cum ſubſtitutione, quod haeredibus inſtitutis portio deficiens accreſcit pro ea parte, qua ſunt haeredes inſtituti, *l. un.* §. *his ita* 10. *C.de cad.tollend.* & pro portione legati, *l. Maevio* 41. *in princip. D.de Legat.*2. ita & ſubſtituti pro ea parte ad ſubſtitutionem admittuntur, ex qua fuerunt haeredes inſtituti, *l.* 5. *l.*8.*l.*32. *D. de Vulg. & pupill.ſubſtit.l.*1.*C.de impub.& al.ſubſtitut.*Tertio, quod qui non admittitur ut ſubſtitutus; quandoque ut haeres adjectus admittitur, *l.ſi pater familias* 40.*D.de haeredib. inſtit.* * cujus legis ratio petenda videtur ex Ulpian.*lib.ſing.Reg.tit.*22.*ſub finem.* Cum quis haeres inſtitutus erat ſub imperfectam cretionem, & non cernebat intra dies cretionis, ſubſtitutus in partem admittebatur. Et hoc Tiberii temporibus obtinebat, quod alioqui pugnat cum *l.poſt aditam* 5.*C.de impub.& al.ſubſtitut.*

## C A P. V.

*De jure conjunctionis, & qui ex conjunctis praeferantur in jure accreſcendi*, exponitur l.re conjuncti 89.D.de Legat.3.

JUs accreſcendi competit haeredibus legitimis, & competere poteſt haeredibus ſcriptis; etiam ſi conjuncti non ſint. legatariis non competit niſi ratione conjunctionis. Conjunctio triplex eſt inter haeredes & legatarios, *l.triplici* 142.*D.de Verb.ſignificat. l. re conjuncti* 89. *D.de Legat.* 3. Alii enim re & verbis conjuncti ſunt,

* *Nota ad Cujac. lib.*1. *Obſ.cap.*22.

ſunt, quos rei & nominum complexus jungit, veluti Lucius et Titius haeredes sunto: Lucio et Titio fundum Cornelianum do, lego, alii re tantum conjuncti ſunt, ut quicumque haeredes inſtituuntur; ſive conjunctim, ſive ſeparatim, re ſemper conjuncti intelliguntur, quia ad eandem haereditatem vocantur. veluti, Lucius haeres esto, Titius haeres esto, ut ſunt etiam legatarii, quibus eadem res disjunctim, ſeu ſeparatim legata eſt. veluti, Lucio fundum Cornelianum do, lego. Titio fundum Cornelianum, do, lego. Illi re tantum conjuncti ſunt, qui & alias disjuncti dicuntur. Alii verbis tantum conjuncti videntur, ut quibus eadem res aequis partibus conjunctim relinquitur. veluti Maevius et Titius aequis partibus haeredes sunto, Maevius et Titius aequis partibus fundum Cornelianum habento. Illi enim re conjuncti non videntur, quia partes habent ſeparatas, ſed verbis tantum. Hoc jure conjunctionis, ut loquitur Ulpianus in *l. ſi ſub conditione* 16. *D. quib. mod. uſusfruct. amitt.* conjuncti praeferuntur illis qui conjuncti non ſunt, nam ſi quis ex haeredibus conjunctim ſcriptis deficiat, portio deficiens non omnibus haeredibus ſcriptis, ſed conjunctis ſolis accreſcit, *l. haeredes* 63. *D. de haeredib. inſtituend. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. tollend.* Ac veluti conjuncti praeferuntur illis qui conjuncti non ſunt; ſic inter conjunctos praeferuntur illi caeteris, qui magis conjuncti ſunt. Re & verbis conjunctus, praefertur illi qui aut re tantum aut verbis tantum conjunctus eſt. finge, fundus ſic legatus eſt, Titio et Maevio fundum Cornelianum do, lego. Sejo fundum Cornelianum do, lego. Publio et Gajo aequis partibus fundum Cornelianum do, lego. ſi Maevius ex his deceſſerit; praeferetur Titius caeteris, qui Maevio re & verbis conjunctus eſt. Re conjunctus non praefertur caeteris, ſed omnibus deficientis portio accreſcit. ut in ſpecie hujuſmodi, Titio et Maevio fundum Cornelianum do, lego. Gajo fundum Cornelianum do, lego. Sejo fundum Cornelianum do, lego. Gajus & Sejus re conjuncti ſunt; ſi tamen Sejus deficiat, pars illius non ſolum Gajo, ſed etiam Titio & Maevio accreſcit: quia re conjunctus non eſt potior caeteris. Verbis conjunctus, praefertur re conjuncto; atque etiam re & verbis conjuncto. & ita Paulum audio in *d. l. re conjuncti* 89. ut quemadmodum

dum re & verbis conjunctus praefertur caeteris ; ſic magis eſſe, ut qui verbis conjunctus eſt, caeteris quoque praeferatur : & illis qui re & verbis conjuncti ſunt, & illis qui re tantum conjuncti ſunt. ut in ſpecie hujuſmodi, TITIO ET MAEVIO, FUNDUM CORNELIANUM DO, LEGO. SEJO FUNDUM CORNELIANUM DO, LEGO. GAJO ET SEMPRONIO AEQUIS PARTIBUS FUNDUM CORNELIANUM DO, LEGO. ſi Gajus deceſſerit ; Sempronius, qui verbis illi conjunctus eſt, praeferetur Titio & Maevio, qui verbis & re ſimul conjuncti ſunt : & Sejo qui re conjunctus eſt. Non autem in ſpecie propoſita, Sempronius Gajo verbis ſolum, ſed etiam re conjunctus intelligitur : ut ita caeteris praeferatur. Recte Paulus in *d.l.re conjuncti* 89. *Verbis conjunctum videri, non etiam re*. videri quidem, quia partes habent ſeparatas ; ſed tamen re conjunctum eſſe : magis tamen verbis, quam re conjunctum videri, Nullus eſt conjunctus verbis ſolum, qui non re quoque conjunctus intelligatur. in *l.66. D.de haeredib. inſtituend.* Gajus & Maevius re conjuncti ſunt, licet aequis partibus ſint haeredes inſtituti : ſed verbis conjuncti non cenſentur. alioqui pars deficientis Gaji, Maevio ſoli accreſceret, non Titio. nec ita pugnat cum *d.l.re conjuncti* 89.

## C A P. VI.

### *Expoſitio* l. Maevio 41.in princ. D.de legat. 2.

QUod juvit Cujacium(*lib.24.Obſerv.cap.35.*)quaerendum relinquere: id etiam me juvit quaerere.in exceſſu tantum,eſſe locum juri accreſcendi ; ut in *l.Maevio* 41. *D. de legat.* 2. ex qua male colligunt, conjunctum verbis, non praeferri re conjuncto. Species eſt, *Maevio partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do, lego.eundem fundum Titio do, lego.* his verbis per vindicationem legabatur, ut eſt apud Ulpian. *tit.*24. in quo quidem totum ab initio habebant legatarii. ſed in ſpecie hujuſmodi partes legatae ſunt, nam totus fundus per partes Maevio & Sejo : & totus Titio legatus eſt. quare duo ſemiſſes fundi conſtituendi ſunt ; in uno concurrent Maevius & Sejus, in alio concurret Titius, *arg. l. cum quaeſtio* 23.*C.de legat.* ubi totus fundus, deinde partes legantur : hic vero partes fundi primum, deinde totus legatur. Si

tamen

tamen ex his Sejus deceſſerit, antequam dies legati cederet, pars ejus non ſolum Maevio, ſed Titio accreſcit. dubitari poterat, nam Maevius Sejo magis conjunctus videtur; cum utrique pars fundi legata eſſet, uterque in unum ſemiſſem coactus ſit, *arg. l. triplici* 142. *D. de verb. ſignific.* & *l. Julianus* 15. *D. de haered. inſtit.* & ita ſoli Maevio, non etiam Titio pars Seji debere accreſcere videretur. utrique accreſcit nihilominus, & rationem hanc affert Modeſtinus, ſatis obſcuram. *Quod cum ſeparatim & partes fundi, & totus legatus ſit; neceſſe eſt, ut ea pars quae ceſſat, pro portione legati, cuique eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat.* ſeparatim igitur partes fundi legatae erant (quod notandum eſt,) id eſt dimidia ſeparatim Maevio, & dimidia ſeparatim Titio legata erat: atque ita in ſpecie hujuſmodi, Maevius & Titius conjuncti non erant verbis; ut colligunt, cum utrique ſeparatim pars legata eſſet: Tantum re conjuncti erant, Maevius, Sejus, Titius. & quia conjunctus re tantum non eſt potior caeteris, *l. re conjuncti* 89. *D. de legat.* 3. Ideo pars Seji non ſolum Maevio ſed etiam Titio accreſcit; qui perinde Sejo re conjunctus eſt, ac Maevius. Niſi Titio totus fundus legatus eſſet, inter Maevium & Sejum non fuiſſet jus accreſcendi: deficiente Sejo, pars illius Maevio non accreviſſet, ſed quia teſtator exceſſit, qui, cum per duas dimidias totum fundum legaſſet Maevio & Sejo, adhuc Titio totum legavit: propter eum exceſſum fuit jus accreſcendi. concurrens Titius & imminuens aliorum partes, inter eos juri accreſcendi locum eſſe fecit. Sed ſi in ſpecie propoſita Sejus deceſſerit, antequam dies legati cederet: (ut conſtituendum eſt alioqui die legati cedente jus petendi legati ad haeredem tranſmiſiſſet, quod per vindicationem relictum erat; nec Maevio & Titio quidquam accreviſſet.) cur pars illius caduca non fuit? Ulpian. *tit.* 24. tantum expreſſit non concurrente altero ex conjunctis per vindicationem, partem illius caducam fuiſſe. non expreſſit an non concurrente altero, ex disjunctis per vindicationem, pars illius caduca fieret. tentari poteſt ex hoc loco, non concurrente altero ex disjunctis per vindicationem, partem illius etiam poſt legem Papiam caducam non fuiſſe; ſed caeteris accreviſſe, aut potius non decreviſſe, ut quibus ſolidum ab initio relictum erat.

## CAP. VII.

### *An conjunctus jure conjunctionis praelatus fuerit fiſco poſt legem Papiam.*

Lex Papia jus accreſcendi ſuſtulerat inter haeredes, ſi qui aut poſt teſtamentum factum, aut poſt mortem teſtatoris deficerent; antequam dies haereditatis cederet: nec deficiens portio caeteris accreſcebat. Ita & caducum erat legatum, aut in cauſa caduci; ſi legatarius vivo teſtatore, aut poſt mortem, ante apertas tabulas decederet: nec penes haeredem remanebat, ſed fiſco vindicabatur; cujus gratia caduca fuerant introducta. Verum an jure conjunctionis haeres conjunctim ſcriptus, aut legatarius conjunctus, fiſco praelatus fuerit poſt legem Papiam, quaeri poteſt. quod acerrimi vir judicii intentatum non reliquit, parum tamen de ea re videtur ſibi conveniſſe. Ille enim (Cujac.) *lib.*24.*Obſerv.cap.*34. ait, Ideo Paulum ſcribentem ad legem Papiam de conjunctis egiſſe lib. 3. ex quo ſumtae ſunt *l. triplici* 142. *D.de verb.ſignificat.* & *l.re conjuncti* 89.*D. de legat.* 3. quod conjunctus fiſco praeferretur. veluti ſi conjunctim Titio & Maevio legatum eſſet, & Titius ante apertas tabulas deceſſiſſet; caducum quidem erat legatum: ſed Maevius jure conjunctionis fiſco praeferebatur ex illius ſententia; quaſi jus illud conjunctionis inventum eſſet ad caduca excludenda. Contra vero *in Poſtum. operib.* ad *l.un.C.de caduc.tollend.* ex quibus illa obſervatio tota fere exſcripta eſt, ait, jus conjunctionis & jus accreſcendi lege Papia ſublatum fuiſſe: quod magis verum eſt, & conjuncto fiſcum praelatum fuiſſe in caducis. diſertim Ulpian. *lib. ſing. Regul. tit.*24. §. 12. *Non concurrente altero, pars ejus alteri accreſcebat: Sed poſt legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.* Ideo vero Paulus ſcribens ad leges Juliam & Papiam de conjunctis egerat, quia in aliis caſibus, qui ad legem Papiam non pertinebant (puta ſi legatarius apertis tabulis legatum repudiaret, aut haeres partem ſuam) jus conjunctionis locum habuit. tunc enim conjunctis potius repudiantis aut deficientis portio, quam caeteris accreſcebat. ſeu quia Paulus, cum ageret de iis quae pro non ſcriptis habebantur; & de iis quae erant in cauſa cadu-

caduci, & de caducis (ut Juſtinianus in *l. un. in princip. C. de cad. tollend.*) & de jure conjunctionis ſimul egerat. Nam licet in iis, quae erant in cauſa caduci, jus conjunctionis ſublatum eſſet lege Papia: ſemper tamen obtinuit in iis quae pro non ſcriptis habebantur, *d.l.un.§.in primo* 3. puta ſi Maevio & Titio conjunctim legatum erat, cum Titius rebus humanis exemtus eſſet: pars Titii pro non ſcripta habebatur; & Maevio accreſcebat, ſi per vindicationem conjunctus eſſet. ne obſtet *l. Si duobus* 16. §. 1. *D. de legat.* 1. quae eſt de legato per damnationem.

## C A P. VIII.

*An conjuncti ab initio ſolidum vel partes habeant: de conjunctis & disjunctis in legato per vindicationem.*

Non niſi ex diſtinctione legatorum poteſt intelligi, ſi conjuncti ab initio ſolidum, vel partes habeant: quod jam noſtri homines viderunt, meliorum ope librorum adminiculati; caeteri fruſtra ſunt, atque etiam Goveanus, Duarenus, qui tractationem iſtam ex differentiis legatorum non diſtinxerunt. Nec hodie ita facile eſt diſtinguere. nam Ulpian. *lib.ſing. Reg. tit.*24. hac in parte lacunam habuit. Paulus *lib.*3. *Sent. tit.*6. §.3. mendi ſuſpicione non caret. Gajus *lib.*2. *Inſtit. tit.*5. §.5. (ut paſſim) corruptus & interpolatus eſt. Tribonianus in libris noſtris legatorum differentias tollere, & juris illius omnia interdelere veſtigia curavit, adeo ut totum id obſcurum ſit. plurimum tamen lucis affert Ulpian. *d.tit.*24.§.13. *Si duobus*, inquit, *eadem res per vindicationem legata ſit, ſiquidem disjunctim, ſingulis in ſolidum debentur*. Cujac. *in notis ad Ulpian.* & *in repet. l.un. C. de cad. tollend.* legit. *ſingulis partes debentur*, quaſi haec differentia conſtituenda ſit inter legatum vindicationis, & legatum damnationis; ut ſi eadem res duobus per vindicationem disjunctim relicta ſit, partes debeantur: ſi vero per damnationem, ſolidum debeatur. alia lectio retineri poteſt, cum certum ſit eadem re duobus ſeparatim per vindicationem relicta; ſolidum relinqui ab initio ſed partes concurſu fieri. veluti Maevio fundum Cornelianum do, lego. Titio fundum Cornelianum do, lego. fundus totus Maevio, & totus Titio ſeparatim relictus eſt; ſed concurſu par-

partes faciunt. Ulpian. in *l.1.§.interdum 3.D.de uſufr.accreſcend. Si mihi fundi uſusfructus ſeparatim totius, & tibi ſimiliter fuit relictus; concurſu partes habemus: quod & in proprietate contingeret*. Ex Celſi lib.33. Digeſtorum, cujus ſententia adhuc repetita eſt in *l.3.pr. D. eod. tit. Toties jus accreſcendi eſſe, quoties in duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu diviſus eſt*. & in *l.conjunctim* 80. *D. de legat*. 3. Praeterea quod Juſtinianus ait in *l.un.§.11.vſ.ſin vero. C. de cad. tollend. Sermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur; aliis ſupervenientibus partem a priore abſtrahentibus: ut ex aliorum quidem concurſu, prioris legatum minuatur*. Id tantum obtinebat in legato per vindicationem; ſed ibi Juſtinianus ad caetera genera legatorum trahere voluit. Ergo illi, quibus disjunctim eadem res per vindicationem relicta erat, ſolidum habuerunt. in qua ſpecie eſt *l.filiusfamilias* 114. in *§.ult. D.de legat*.1. concurſu autem partes feciſſe non obſcure indicat *l. cohaeredi* 41.*§.quo haeres 6. D.de vulg. & pupill. ſubſtit. l. hujuſmodi* 84. *§.quibus* 12. *D. de legat*. 1. Et hoc de legato per vindicationem ſeparatim relicto. Sed ſi conjunctim duobus per vindicationem eadem res legata erat, veluti, TITIO ET MAEVIO FUNDUM CORNELIANUM DO, LEGO. Et ab initio ſolidum habuerunt, *d.l.conjunctim* 80. *D. de legat*.3. Et ſimiliter concurſu partes fiebant, Ulpian. *d. tit*. 24. Quin etiam in legato per vindicationem conjunctim relicto, ſi teſtator viriles partes dari voluiſſet; vel etiam id expreſſiſſet: inter colligatarios fuit jus accreſcendi, quaſi ſolidum ab initio relictum eſſet, *l.ſi duobus* 16. *§.ult. D.de legat*. 1.

## CAP. IX.

*De conjunctis, & disjunctis in legato per damnationem.*

SI duobus eadem res disjunctim per damnationem relicta erat, veluti, HAERES MEUS DAMNAS ESTO DARE TITIO HOMINEM STICHUM; HAERES MEUS DAMNAS ESTO DARE SEJO HOMINEM STICHUM. Ulpian. *lib.ſing. Reg. tit*.24.§.13.ait, *Singulis in ſolidum debetur*. Paulus *lib*.3. *Sent. tit*.6.§.3.*Totum debetur, ſi per damnationem legatum ſit*. Gajus *lib*.2. *Inſtit. tit*. 5. §.5. ſeu potius Anianus in fragmentis Gothicis, expreſſit apertius

tius, *Inter legatum*, inquit, *vindicationis & damnationis iſta diſtantia eſt, ut ſi disjunctim id eſt ſingulis quaecunque res per legatum damnationis relicta fuerit, ſingulis integra debeatur: id eſt ut unus rem ipſam accipiat, alii aeſtimationem rei ipſius in pretio ab haerede percipiant*. ubi Gaji ſimul & Aniani verba licet deprehendere. Et de hoc genere legati Juſtinian.in *d. l. un.* §.*ubi autem* 11. *C.de cad. tollend.* Pompon.in *l. qui duos* 13. *D. de legat.*2. Paulus ſic diſtinxerat legatum per vindicationem, a legato per damnationem, in *l.ſi pluribus* 33.*D.de legat.*1. ſed eam Tribonianus interpolavit & concinnavit cum *d.l.un.C.de cad. tollend.* Et hoc de legato per damnationem disjunctim relicto. In eo differt a legato per vindicationem disjunctim relicto; quod licet in utroque ſolidum debeatur, in hoc concurſu partes faciant; in illo non concurrant legatarii: ſed alii res tota, alii rei aeſtimatio debeatur. Sed ſi conjunctim per damnationem eadem res pluribus relicta erat, veluti, Haeres meus damnas esto dare, Titio et Sejo hominem Stichum ab initio partes habebant, Ulpian. *d.tit.*24. idem in *l.plane* 34.§.*ſi conjunctim* 9. *D.de legat.*1. Non fruſtra quaeritur utrum conjuncti ab initio ſolidum vel partes habeant; quia ſi partes habent ab initio, inter eos non eſt jus accreſcendi. ſecundum regulam Celſi in *l.*3. *D.de uſufr.accreſcend.*& in *l.Proculo* 20. *D.de legat.*2. Unde ſi conjunctus per damnationem partem ſuam repudiaret, pars illius in haereditate remanebat, conjuncto non accreſcebat, Ulpian. *d. tit.*24.§.13.*Non capientis pars jure civili in haereditate remanebat*. Quare conſtituenda eſt ſpecies *l.ult.* §. *Sejo* 2. *D. de legat.*2. in legato per damnationem conjunctim relicto *Sejo & Marcellae libras* 15. *dari volo*. Quibus verbis relinquebatur legatum per damnationem, ut eſt apud Ulpian. *d.tit.*24. alioqui defecto conditione Sejo; non dimidiam legati portionem, ſed totum jure accreſcendi Marcella habuiſſet. Praeterea advertendum eſt, eos quibus eadem res disjunctim per vindicationem legata erat, re conjunctos fuiſſe: Eos quibus eadem res conjunctim per vindicationem relicta erat, re & verbis conjunctos fuiſſe; etiam ſi teſtator viriles partes expreſſiſſet, eos quibus eadem res per damnationem conjunctim relicta erat, verbis non re conjunctos fuiſſe; quia partes habebant initio, licet nihil teſtator de partibus expreſſiſſet: Eos quibus disjunctim res eadem per vindicationem

relicta

relicta erat, neque re, neque verbis conjunctos fuiſſe; quod alii res tota, alii rei deberetur aeſtimatio. Et ita ſane Paulus diſtinxerat, lib. 3. ad ll. Juliam & Papiam, ſed Tribonianus ſubticuit. Et hinc tenebrae, quas in plurimis locis juris noſtri perobſcuras, hac diſtinctione legatorum ex jure antiquo adhibita, facile diffuderis.

## CAP. X.

*Negationem ſupereſſe oſtenditur, & vitioſa interpunctio emendatur in* l. 12. D. de legat. 1. *ſenſus aperitur.*

Vitioſa interpunctio negationem induxerat, & longe alium ſenſum quam fuerat Papinian. in *l. ſi mihi* 12. *D. de legat.* 1. ſpecies non niſi in legato per vindicationem conſtitui poteſt. finge mihi & Titio conjunctim eadem res relicta fuerat; deinde cum dies legati ceſſiſſet apertis tabulis, ante aditam haereditatem deceſſit Titius: cum nullo exiſtente haerede legatum nondum vindicare potuiſſet, & Titio haeres fui. Labeo dicebat liberum mihi eſſe, an ex meo legato, an ex eo, quod Titio haeres ſum, legatum acquirerem. quod & ita exponit, *Si voluero, eam rem ex meo legato ad me pertinere. ut tota mea ſit, ex haereditario legato petere eam me poſſe*. Ita enim ex meo legato ad me pertinebit, ſi velim repudiare partem Titii quam utique non agnoverat; alioqui pars acquiſita & poſtea amiſſa mihi non accreſceret, *l. 1. §. interdum* 3. *D. de uſufr. accreſcend.* ſed tamen cum dies legati ceſſiſſet apertis tabulis, jus petendi legati transmiſerat: etiam ſi non conſtituiſſet ad ſe pertinere. Paulus *lib.* 3. *Sent. tit.* 6. §. 7. *Per vindicationem legatum, & ſi nondum conſtituerit legatarius ad ſe pertinere; atque ita poſt apertas tabulas ante aditam haereditatem deceſſerit, ad haeredem ſuum legatum tranſmittit.*, ut & legatum per praeceptionem tranſmiſit, *l. miles* 75. *D. de legat.* 2. me igitur repudiante partem meam, & non concurrente; haeres Titii ſolidum legatum peteret, quaſi ſolidum ab initio relictum. atque ita in ſpecie propoſita, ego qui fui haeres Titio ſi nolim ex meo legato concurrere, Totum mihi ex legato haereditario acquiretur. alio omnino ſenſu verba illa Papinian. capiebant, quaſi diceret

ceret me adhuc rem petere poſſe ex legato haereditario, poſtquam voluiſſem ex meo legato ad me pertinere. & cum eo ſenſu viderent duas cauſas lucrativas ſimul concurrere, quidam negationem induxerant; quam agnovit Accurſius, ſed tamen abeſt Pandect. Florent.

## C A P. X I.

*Non eſt idem jus accreſcendi in legato uſusfructus, quod eſt in legato proprietatis.*

NOnnullis differentiis colligitur, non idem eſſe jus accreſcendi in legato conjunctim uſufructu; quod eſt in legato proprietatis. Primum enim in legato uſusfructus pars uſusfructus accreſcit illi qui partem non habet, *l. ſi Titio* 33. *in fin. D. de uſufruct. & quemadm. l. interdum* 10. *D. de uſufruct. accreſcend. l.* 14. §. 1. *D. de except. rei judicat.* in legato proprietatis nihil illi poteſt accreſcere qui rem non habet, *l. ſi totam eam* 83. *D. de acquir. vel omittend. haered.* Ratio differentiae eſt, quod uſusfructus perſonae accreſcit, *d. l. ſi Titio* 33. *D. de uſufruct. & quemadmod.* in legato vero proprietatis portio portioni accreſcit: Tum quia uſusfructus in jure magis quam in parte conſiſtat, *l. Maevius* 66. §. *fundo* 6. *D. de legat.* 2. Alia differentia eſt, quod in legato uſusfructus pars acquiſita, & poſtea amiſſa accreſcit conjuncto; non in legato proprietatis, *l.* 1. §. *interdum* 3. *D. de uſufr. accreſcend.* unde ſi moriatur unus ex fructuariis, quibus conjunctim uſusfructus relictus eſt, pars illius ad conjunctum redit. Paulus *lib.* 3. *Sent. tit.* 6. §. 26. *Ad alterum in ſolidum uſusfructus pertinet*, & ratio differentiae eſt, quod uſusfructus, ſive jus utendi fruendi quotidie legatur & conſtituitur: legatum proprietatis ſemel conſtituitur. Ulpian. in *d.* §. *interdum* 3. *Uſusfructus quotidie conſtituitur & legatur; non ut proprietas eo ſolo tempore quo vindicatur*. Et ſi igitur acquiſitus jam fuerit uſusfructus, tamen inter conjunctos erit quotidie jus accreſcendi; quia legari quotidie uſusfructus, & conſtitui intelligitur. Tertia differentia eſt, quod ſi alter ex dominis partem legati communi ſervo uſusfructus repudiaverit, ſocio accreſcit, *d. l.* 1. §. 2. *D. de uſufr. accreſcend.* inſpecta ſervi perſona hoc enim jus

perſonae adhaeret, *l.3.in fin. D.eod.* & perſonae accreſcit, *d. l. ſi Titio* 33. *D.de uſufruct. & quemadm.* ſecus eſt in legato proprietatis, quia non ſic proprietas perſonae intelligitur accreſcere.

## C A P. XII.

*Retinenda videtur ſpecies* l.mulieri 74. D. de condit. & demonſtrat. *in legato uſusfructus, profertur verus intellectus.*

EX *l.mulieri 74.D.de condit. & demonſtrat.* colligunt non eſſe jus accreſcendi inter re, & verbis conjunctos, quia licet ibi conjuncti ſint mulier & Titius; nihilominus repudiante partem ſuam Titio, ea res nihil proſit mulieri. Et hoc male colligunt: cum ibi Titius partem non alio jure habeat, quam jure accreſcendi. Species eſt, Maeviae & Titio uſusfructus per vindicationem relictus eſt; ſub ea conditione, ſi Maevia non nuberet: Maevia nupſit, & ita ambo conditione defecti ſunt. Verum quia conditio illa lege Papia mulieri remittitur; tantum habere debet, quantum haberet ſi conditioni paruiſſet. partem igitur habebit Maevia, & partem aliam Titius: nam & ſi non nupſerit Maevia, atque ita conditioni paruerit; non niſi partem habere debeat. Hic autem Titius partem habet jure conjunctionis, etenim conjunctim uſusfructus illi & Maeviae per vindicationem relictus eſt, ut neceſſario conſtituendum eſt. Et quia non niſi partem Maevia habere poteſt, illi pars alia accreſcit; licet conditione defectus ſit. In legato uſusfructus, pars accreſcit illi qui partem non habet, *l. ſi Titio 33.D.de uſufruct.& quemadm.l.interdum* 10. *D. de uſufruct. accreſcend.* Hic igitur partem habet Titius, non * propter mulierem; quaſi conditio illi ſimul ut mulieri remittatur, ſed jure accreſcendi. Ut concurrere poterat Titius in legato conjunctim uſufructu, ſi Maevia conditioni paruiſſet: Ita & in ſpecie propoſita concurrit cum ea, quae non niſi partem beneficio legis habere poteſt. Solidum ab initio relinquitur conjunctis per vindicationem, concurſu partes faciunt.

ſoli-

* *Not.ad Cujac. in lib. Quaeſt. Papin.in poſtum.operib.*

ſolidum hic habere non poteſt Maevia, & non niſi in parte concurrit; in parte alia igitur debet Titius concurrere. Et quam habere non poteſt partem Maevia, ea Titio debet accreſcere; magis quam ad proprietatem redire. Etenim potius eſt jus accreſcendi inter conjunctos, quam jus conſolidationis cum proprietate: & facilius pars ceſſans in legato uſusfructus conjunctis accreſcit, quam ad proprietatem redit. *Sed ſi Titius partem ſuam repudiet*, ait Papinian. in *d.l.mulieri* 74. *ea res nihil mulieri proderit*, non quia inter mulierem & Titium non ſit jus accreſcendi, qui re & verbis conjuncti ſunt: immo Titio eſt jus accreſcendi cum Maevia, non niſi partem capiente. Maeviae nihil accreſcit repudiante Titio, quia ſive concurrat, ſive non concurrat Titius, Maevia non ſolidum habere tanquam ex teſtamento, ſed tantum partem ex beneficio legis habere poteſt. at vero ubi uſusfructus jam per concurſum diviſus, & Maeviae & Titio acquiſitus fuerit: amittente partem Maevia, dicerem Titio non accreſcere, ſed ad proprietatem redire: cum diverſo jure concurrerint; Maevia ex lege, Titius ex teſtamento. ex diverſo jure non competit jus accreſcendi, *l. ſed cum patrono* 6. *D. de bon. poſſeſs.* ut neque ex diverſis teſtamentis, *l. ſi ſub conditione* 16. *D. quib.mod.uſusfr.amittit.* Porro ſpeciem *l. mulieri* 74. *D. de cond. & demonſtrat.* in legato uſusfructus retinendam putaverim non etiam ad legatum proprietatis extendendam jus accreſcendi & conjunctionis potius eſt in legato uſusfructus, quam in legato proprietatis: quod jam antea probatum eſt.

*FINIS.*

IN-

# INDEX
## RERUM, ET VERBORUM.

*Numerus Paginam indicat.*


Conjuncti haeredes & legatarii poſt legem Papiam excludebantur: Cujacii Variatio. 131

Conjunctio inter haeredes & legatarios triplex eſt, re & verbis, re tantum, & verbis tantum. Effectus. 128.129

Conjunctis in legato per vindicationem ſolidum ab Initio debebatur, & per concurſum partes fiebant; idem in disjunctis in eodem legato. 132.133

Conjunctis in legato per damnationem partes ab initio non ſolidum debebantur; ideoque jus accreſcendi inter ipſos non erat. Disjuncti vero in eo legato ſolidum habebant, alter quidem rem habebat, alter rei aeſtimationem. 133.134

Conjunctis praeferuntur magis conjuncti. 129

Cujacii ſententia *lib.* 12. *Obſ. c.* 11. de Sublato per legem Papiam inter haeredes ſcriptos jure accreſcendi, reprehenſa & repudiata. 126

Emendatur atque explicatur, *L.* 12. *D. de leg.* 1. 135

Ex diverſo jure concurrentibus non competit jus accreſcendi: puta ſi alteri lege, alteri teſtamento pars obvenerit, vel etiam ſi ex diverſis teſtamentis. 138

Exponitur *L. Maevia* 41. *in princip. D. de leg.* 2. 130

Explicatur ſpecies *L. Mulieris* 74. *D. de condit. & demonſtr.* 137

In legato uſusfructus pars accreſcit illi, qui partem non habet. 136.137

Jus accreſcendi conſtitutum fuit jure civili, ſeu interpretatione Prudentum ad LL. XII. Tab. 123

Jus accreſcendi in legitimis haeredibus conſtitutum fuit ex interpretatione legis: in ſcriptis vero haeredibus ex interpretatione voluntatis Teſtatoris. 124

Jus accreſcendi reale eſt, atque ideo tranſmittitur: jus ſubſtitutionis eſt perſonale, ac ea de cauſa extincta perſona extinguitur; aliae differentiae inter haec duo jura. 127.128

Jus accreſcendi & conjunctionis potius eſt in legato uſusfructus, quam in legato proprietatis. 136.138

Legatorum diſtinctione intelligitur, an conjuncti ab initio ſolidum, vel partes habuerint. 132

Lex Papia non omni ex parte ſuſtulit jus accreſcendi inter haeredes ſcriptos; ſed tantummodo antequam dies haereditatis ceſſiſſet. 125.126.& 132

Nullo jure haeres ſcriptus jus ſubſtitutionis tranſmittit ad haeredes, quod ſecus eſt in jure accreſcendi. 127

Nullus eſt conjunctus verbis ſolum, quin re quoque conjunctus intelligatur. 130

Potius eſt jus accreſcendi inter conjunctos, quam jus conſolidationis cum proprietate. 138

Portio deficiens non omnibus haeredibus ſcriptis, ſed conjunctis ſolis accreſcit: atque inter conjunctos praeferuntur magis conjuncti. 129

Subſtitutio in multis differt a jure accreſcendi, & in multis convenit. 128

Verbis conjunctus praefertur conjunctio re tantum, & conjuncto re, & verbis. 129

Uſusfructus, ſive jus utendi fruendi, quotidie legatur, & conſtituitur. 136


*FINIS.*

INVENTARIO
8325

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google